# التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار

«دراسة مقارنة»

الدكتور

**وليد محمد الشناوي**

مدرس القانون العام

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

دار الفكر والقانون

المنصورة

ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١

محمول : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

# التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار

## دراسة مقارنة


دكتور

**وليد محمد الشناوي**

مدرس القانون العام

كلية الحقوق – جامعة المنصورة


٢٠١٣


**دار الفكر والقانون**

**المنصورة**

ت : ٢٢٣٦٢٨١/٠٥٠

محمول : ٠١٠٠١٠٥٧٧٦٨

اسم الكتاب :التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار

اسم المؤلف: دكتور / وليد محمد الشناوي

الطبعة الأولى

سنة الطبع ٢٠١٣

رقم الإيداع بد الكتب المصرية : ١٦٢٠٠

الترقيم الدولي: 978-977-6253-7

الناشر: دار اا والقانون للنشر والتوزيـــــع

ش الجلاء أمام بوابة الجامعة برج آية

تليفكس ٠٠٢٠٥٠٢٢٣٥٦٧١ تليفون ٠٥٠٢٢٣٦٢٨١

محمول ٠٠٢٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

dar.elfker@Hotmial.com

المحامي / أحمد محمد أحمد سيد أحمد

# مقدمة

يعبر القانون عن حاجات المجتمع، وهي بطبيعتها في حالة تطور، ولكنه تطور معروف المعالم. ومن ثمّ، فإن الشارع لا يُقيم فخاخًا عند تعديل القانون، كما لا يُصدر قوانين بأحكام غير متوقعة أو فجائية. ولذلك، فإن الاستقرار القانوني لا يَعني فقط حماية المراكز القانونية القائمة، واحترام حقوق الأفراد، وضمانها في الحاضر والمستقبل، ولكن الاستقرار يعني أيضاً، وبنفس القوة، احترام التوقعات والآمال المشروعة. فإذا كان الاعتداء على الحقوق القائمة اعتداءً على الاستقرار القانوني، فإن تهديد الآمال المشروعة وإحباطها لا يَقل إخلالاً بفكرة الاستقرار القانوني. وإذا كانت القوانين الجديدة ينبغي ألا تكون فخًا أو شَرَكًا يُفاجئ الأفراد، فكثيرًا ما تكون الأحكام القائمة أشبه بالفخ أو المصيدة، عندما تصدر أحكام في قوانين لا علاقة لها بهذه الأحكام، كأن يُفاجأ الشخص بضرائب أو بغرامات ليست في قانون الضرائب، وإنما في قوانين أخرى غير متوقعة. فالقاعدة التي تتطلب ألا يُعذر أحد بجهل القانون، تفترض، أيضًا، حسن النية بأن تكون الأحكام واردة حيث يتوقعها الإنسان، وليست فجائية أو غير متوقعة[1].

بيد أن استقرار القانون، لا يَعني الجمود وعدم تعديل القوانين، بل كثيرًا ما يكون هذا الجمود وعدم التغير مظهرًا لعدم الاستقرار. فالنقود كمقياس

---

(١) د. حازم الببلاوى، الاستقرار القانونى، جريدة الأهرام، العدد ٤١٧٢٦، ٤ مارس، ٢٠٠١.

تطلب الثبات في القيمة لتحقيق الاستقرار النقدي، أما القانون، وهو يتطلب التلاؤم مع الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية، فإنه يتطلب التطور المستمر مع هذه الاحتياجات لتحقيق الاستقرار القانوني. فاستمرار قوانين بالية لا تتفق مع العصر واحتياجاته، وبالتالي يصعب احترامها، يعتبر مظهرًا من مظاهر عدم الاستقرار القانوني بما يخلقه من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد لا يعرف تنظيمًا قانونيًا سليمًا. فاستمرار العمل بقوانين صُممت للنظام الاشتراكي مثلاً، بعد الأخذ بنظام السوق، هو من قبيل الجمود، وليس الاستقرار. ومن هنا، فإن التغيير والتعديل في القوانين، بما يتفق مع الاحتياجات الجديدة، لا يعتبر خروجًا على معنى الاستقرار، بل قد يكون مراعاة له. فالاستقرار القانوني يعني الملاءمة المستمرة بين أحكام القانون واحتياجات المجتمع. ولذلك، فجمود القوانين قد يكون مدعاة لعدم الاستقرار[1]. ومن ثم، يتطلب الاستقرار أو الأمن القانونى ألا يكون مجال تطور القانون وتعديله ميدانًا للمفاجآت والصدمات.

ويمكن القول إن حماية توقعات الأفراد- التي تم إحباطها نتيجة لقرارات السلطات العامة غير المتوقعة - قد شهدت تطورًا، في العقود الأخيرة، لتصبح أحد الموضوعات المهمة في القانون الإداري في قوانين العديد من الدول، وكذلك في قانون الاتحاد الأوروبي. والأكثر حداثة، في هذا السياق، هو إثارة ذات المبدأ- التوقعات المشروعة- بصورة متكررة، في سياق التحكيم في مجال الاستثمار الدولي الناشئ عن اتفاقيات الاستثمار الثنائية

(١) د. حازم الببلاوى، الاستقرار القانونى، لمرجع السابق.

(BITs). وقد وصل الأمر إلى حد القول إن التوقعات المشروعة- أو الثقة المشروعة- قد اكتسبت ذات الأهمية التي كان يتمتع بها مبدأ الحقوق المكتسبة drois acquis في بداية القرن العشرين(١).

ويتجلى مضمون هذا المبدأ في أن السلطة العامة يجب أن تلتزم بطائفة معينة من الإعلانات أو التأكيدات أو الوعود representations في مواجهة الأطراف التي يمكن أن تتأثر بالقرارات اللاحقة غير المتسقة inconsistent أو غير المتوقعة unexpected(٢). ويتمثل السؤال الأساسي، في هذا السياق، فيما يلي:

- ما هي النتائج التي تترتب على اعتبار الحكومة ملتزمة بهذه الوعود؟

ويمكن أن تأخذ التأكيدات أو الوعود، الصادرة عن الإدارة، أشكالاً متعددة. من ذلك، على سبيل المثال:

- قاعدة تنظيمية (لائحية) تتعرض، لاحقًا، للإلغاء أو التعديل بأثر فوري أو رجعي.
- عقد يتم إنهاؤه أو تعديله بالإرادة المنفردة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة Public Convenience.

---

(1) E Gaillard, 'Chroniques des sentences arbitrales' (Jan-Mar 2008) Revue Trimestrielle Lexis Nexis Juris Classeur JDI 326, 332.

(2) P Graig, EU Administrative Law (2006) 610-14; I Steele, 'Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance? (2005) 121 LQR 300.

- قرار إداري فردي يتم سحبه be revoked.

ومن الملاحظ وجود شيء مشترك يجمع كل المواقف السابقة يتمثل في أن القرار الإداري الأول قد تم التعبير عنه، رسميًا، من خلال عمل له نتائج قانونية راسخة. ففي مثل هذا النوع من المواقف، على الرغم من وجود إحباط للتوقعات المشروعة، فإن ثمة حماية إضافية- إن لم تكن أقوى- يمكن كفالتها من خلال نظريات قانونية أخرى: حظر التشريع الرجعي الذي يؤثر على الحقوق المكتسبة، أو قدسية العقد، أو ثبات أو استقرار القرارات الإدارية التي تنشئ حقوقًا (عدم قابليتها للسحب).

بيد أن هذا البحث سينصب على الوعود الإدارية غير الرسميةInformal Administrative Representations، أي تلك الوعود التي تنبع من مسلك حكومي لا يشكل قاعدة تنظيمية، ولا عقدًا، ولا عملاً إداريًا بالمعنى الصحيح للكلمة. وهذا المسلك الحكومي يمكن التعبير عنه بطرق مختلفة: تعبير عن إرادة أو وعد a statement of intent or promise، أو رأي شفهي أو مكتوب بشأن تفسير قاعدة قانونية، أو إعلان سياسة عامة، أو ممارسة إدارية، بل أيضًا مجرد صمت السلطات العامة لدى مواجهتها لمسلك معين من أحد الأطراف الخاصة. ولكن في كل الحالات، لا يرقى أي من أوجه السلوك السابقة لأن يشكل عقدًا أو عملاً رسميًا، سواء من طبيعة فردية أو عامة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحماية- التي يمنحها مبدأ التوقعات المشروعة

لهؤلاء الذين تم إحباط توقعاتهم- يمكن أن تكون إجرائية أو موضوعية[1]. ففي **الحالة الأولى**، يمكن أن يتم إلغاء القرار الجديد، لإعطاء الفرصة للطرف الخاص ذي الصلة لعرض قضيته. وبعد ذلك، يمكن إعادة تبني القرار الملغي أو تعديله أو التخلي عنه كلية. وأما في **الحالة الثانية**- الحماية الموضوعية- فإن القرار الجديد يتم إلغاؤه بصورة نهائية، وإن كان يمكن المحافظة عليه في بعض الأحيان مع منح الطرف الخاص تعويضًا عن الأضرار التي لحقت به.

وسنتناول، فيما يلي، بصفة رئيسية، الحالات التي يتم فيها المطالبة بحماية موضوعية[2].

وهكذا، نتناول، في هذا البحث، الانتشار الجغرافي لمبدأ التوقعات المشروعة، لاسيما تلك التي تتولد من الوعود الإدارية غير الرسمية. وسيتم إفراد مبحث خاص لتطبيق مبدأ التوقعات المشروعة في قضايا الاستثمار الدولي، ملاحظين العوامل الرئيسة التي تميز هذه القضايا عن السوابق الوطنية. وبسبب أوجه الشبه التي تقوم بين مبدأ التوقعات المشروعة من

---

(1) See R on the application of Bhatt Murphy (a firm) and ors v The Independent Assessor and R on the application of Noorrullah Niazi, Hamidreza Tachibeglou, Huseyin Cakir v the Secretary of State (2008) EWCA Civ. 755; see also W Wade and CF Forsyth, Administrative Law (2009) 315-18, 446-57; P Craig, Administrative Law (2008) 647-92; SA De Smith et al, Judicial Review of Administrative Action (1995) 570-4.

(٢) وتجدر الإشارة إلى أنه بينما تطورت الحماية الإجرائية بصورة ملحوظة في المملكة المتحدة، مقارنة بالأنظمة القانونية الأخرى، فإنها لا تؤدي دورًا مهمًا في قضايا الاستثمار الدولي.

ناحية، ومبدأي: **عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير** estoppel والمبدأ الـذي **يحظر السلوك المناقض** المعبر عنه في قاعـدة (venire Contra factum) من ناحية أخرى، وكذلك، بسبب أن هذين المبدأين الآخرين قد أسـهما، فـي بعض الدول، في الوصول إلى ذات النتائج، لاسيما في الدول التي لم تطـور مبدأ التوقعات المشروعة بصورة كاملة، فستتم الإشارة إلى هـذين المبـدأين **بصورة موجزة.**

كما سيتم إلقاء الضوء على الاختلافات في المعاملة بين الوعود الإدارية الرسمية وتلك غير الرسمية، والشروط المتطلبة لاعتبار التوقع معقولاً، ومن ثم يستحق الحماية. وفي سياق تناول هذه الاختلافات وتلك الـشروط، سـيتم التمييز بين الحالات المتعلقة بجهات القضاء الوطني والأوروبي **من ناحيـة،** وتلك المتعلقة بالاستثمار الدولي **من ناحية أخرى.**

وأخيرًا، سيتم إلقاء الضوء على القواعد الخاصـة بمـنح تعويـضات، remedies عن انتهاك التوقعات المشروعة النابعة من الوعود الإدارية غير الرسمية.

وتكشف مقاربة القانون المقارن، المتبناة في هذا البحث، الطرق المختلفة التي تلجأ إليها الأنظمة القانونية لمواجهة المشكلات المتماثلة. كما ستفيد هذه المقاربة، أيضًا، في كشف طرق تكوين وتطبيـق المبـادئ القانونيـة التـي تكتسب، بصورة متدرجة قبولاً في الأنظمة القانونية المختلفة[1]. لذلك، تكتسب

---

(1) J. Schwarze, European Administrative Law (1992) 67-95; L Pe-
=

مثل هذه المقاربة أهمية متزايدة من منظور تطور القانونين الوطني والدولي.

ويُلاحظ أن الدول الأقل تطورًا تكون أكثر ميلاً لأن تتقبل، في أنظمتها القانونية الوطنية، المبادئ التي تحظى بقبول أوسع مقارنة بالمبادئ غير المطبقة سوى في أنظمة قانونية محددة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن المبادئ المطبقة، بصورة متواترة، في القانون الوطني يمكن أن تصبح "مبادئ عامة للقانون معترفًا بها من جانب الدول المتمدينة"، كما هو منصوص عليه في المادة [2/ (381)] من قانون محكمة العدل الدولية. وبهذه المثابة، تشكل هذه المبادئ أحد مصادر القانون الدولي[1]. وباعتبار هذه المبادئ- تالية في المرتبة للمعاهدات والعرف، فإنها تعد مهمة، بصفة خاصة، "في المجالات التي لا تقع في المدى التقليدي للقانون الدولي"، كما هو الحال بالنسبة للصفقات التي تُبرم بين الدول والأطراف الخاصة(الشركات)[2].

ويمكن القول إنه حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين أضحت أحد

---

goraro and A Rinella, Diritto Pubblico Comparato- Profili Metodologici (2007) 117-30; B Kingsbury and S Schill, "Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law" IILJ Working Paper 2009/6 (Global Administrative Law Series) 19-20-, available at <http://www. illj.gov.publications/2009-6Kingsbury-Schill. as>.

(1) T Gazzini, "General Principles of Law in the Field of foreign Investment" (2009) 10 JWIT 103, 105.

(2) R Jennings and Watts, Oppenheim's International Law (1996) Vol 1, 39.

المبادئ العامة، وذلك بالنظر إلى الاعتراف الواسع بهذا المبدأ من جانب جهات التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي[1]. وتمثل العلاقة الوثيقة لهذا المبدأ بمبدأين آخرين من المبادئ العامة التي تطبقها المحاكم الدولية تدعيمًا للنتيجة السابقة:

- أما المبدأ الأول فيتمثل في حسن النية good faith الذي يعد أكثر المبادئ العامة أهمية(٢).

- وأما المبدأ الثاني فيتمثل في عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel الذي يُطبق، بعد إخضاعه لقيود معينة، في القضايا الدولية(٣).

وعلى ذلك، تأتى خطة هذا البحث على النحو التالى:

فصل تمهيدي :

الفصل الأول : الانتشار الجغرافي لمبدأ التوقعات المشروعة

---

(1) E Sondgrass, "Protecting Investors" Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle" (2006) 21 IC-SID Rev-FILJI.

(2) MN Shaw, International Law (2008) 103.

(3) Ibid 102-3.

الفصل الثاني : التوقعات المشروعة في قضايا الاستثمار الدولي

الفصل الثالث : جذور مبدأ التوقعات المشروعة

الفصل الرابع : الوعود الإدارية غير الرسمية

الفصل الخامس : معقولية التوقعات

الفصل السادس : وسائل الإنصاف

# فصل تمهيدي

# ضرورة الموازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة في مجال قانون الاستثمار

يميل كثير من الكتاب والمعلقين إلى القول إن اتفاقيات وقوانين الاستثمار تميل إلى محاباة مصالح المستثمرين على المصالح العامة للدول المضيفة. بيد أن هذه الملاحظة ليست دقيقة تمامًا، حيث يميل القضاء الوطني والدولي، في الوقت الحاضر، إلى تبني مقاربة تقوم على الموازنة بين كلتا الطائفتين من المصالح. ويمكن القول إن نصوص اتفاقيات وقوانين الاستثمار لا تعوق المضي قدمًا في هذا الاتجاه القضائي، بل تدعمه في كثير من الأحيان.

وسنحاول، في هذا الفصل التمهيدي، إلقاء الضوء على أبرز ملامح هذه الموازنة، وكذلك على الضوابط العامة للمعاملة العادلة والمنصفة التي يجب أن تلتزم بها الدول المضيفة في معاملتها للاستثمارات الأجنبية.

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل التمهيدي على النحو التالي:

المبحث الأول: السلطة التنظيمية والتوقعات المشروعة: موازنة حقوق الدولة والفرد في ظل القانون الدولي في مجتمع عالمي.

المبحث الثاني: المعاملة العادلة والمنصفة كتجسيد لحكم القانون.

## المبحث الأول

## السلطة التنظيمية والتوقعات المشروعة

## (موازنة حقوق الدولة والفرد في ظل القانون الدولي في مجتمع عالمي)

يذهب الأستاذ Hersch Lauterpacht إلـى أن تـسوية المنازعـات ستمر، في القرن الحادي والعشرين، بتطورات ثلاثـة متوازيـة ومتداخلـة. وتتمثل هذه التطورات في التكريس الدسـتوري constitutionalization، وإمكان الوصول إلـى accessibility، والخصخـصة privatization [1]. حيث من المتوقع أن تُخلف هذه التطورات آثارًا قوية على سلوك الدولة، ليس لأن سيادة الدولة ستختفي، بالضرورة، في مجتمع دولي خاضـع لتـأثيرات العولمة[2]، ولكن بالأحرى بسبب تنامي القيود التي ستفرض علـى الـسلوك الذي تلجأ إليه الدولة للنهوض بوظائفها في مواجهة الأفراد.

وسنحاول فيما يلي أن نلقي الضوء على أحد جوانب العولمـة، لاسـيما تسوية المنازعات في مجالات أضحت تخضع، في الوقت الحاضر، وكـذلك في المستقبل، للحماية الدولية.

---

(1) Francisco Orrego Vicuna: International Dispute Settlement in the Twenty-First Century: Constitutionalization, Accessibility, Privatization (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, 2004) .

(٢) لمزيد من التفاصيل حول آثار العولمة على سيادة الدولة، انظر للمؤلـف: تـدويل إجراءات وضع القانون: تقييد أم تمكين السلطة التنفيذية، مجلة البحوث القانونيـة والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد أبريـل، ٢٠١٢ (تحت النشر).

## المطلب الأول

## حماية الحقوق في ظل القانون الدولي

## (موضوعات قديمة ومتطلبات جديدة)

تشكل الاستثمارات الدولية، منذ وقت طويل، أحد أكثر الأمثلة أهمية على هذه المقاربة الجديدة التي تحمي حقوق أفراد معينين، والطريقة التي يراقب من خلالها المجتمع الدولي سلوك الدولة في تعاملها مع هؤلاء الأفراد. ويلاحظ أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) The International Centre for Settlement of Investment Disputes كان المؤسسة الرائدة في جعل هذه المقاربة الجديدة ممكنة. وغلى الرغم من أن معايير هذه الرقابة ليست محددة بعد بدقة، فإن المبدأ هو أن الدول تكون مسئولة في مواجهة المستثمرين الأجانب عن مسلكها الخاطئ الذي يشكل تدخلاً في حقوق هؤلاء الأفراد المنصوص عليها في التشريع الوطني، والاتفاقيات، والعقود.

والحقيقة أن هذه التطورات ليست مفاجئة، لأن ملامحها كانت تظهر منذ وقت طويل. فأولاً، ففي مجال حقوق الإنسان، لم يكن فقط الأجانب، ولكن أيضًا الوطنيين، هم الذين مُنحوا حماية بعض آليات الرقابة الدولية، سواء كانت هذه الآليات عالمية أم إقليمية.

وبالمثل، فيما يتعلق بإنفاذ القانون الإنساني الدولي، يُلاحظ أن الاتفاقيات الدولية وآليات التنفيذ كانت نشطة منذ فترة طويلة. ونتيجة لذلك، أضحت

الرقابة الدولية على الأنشطة الوطنية متاحة استنادًا إلى أساس مستمر، مع بعض القيود المفروضة بواسطة مدى التغطية والموضوع الخاضع للرقابة.

وتعني العولمة، فى بعض جوانبها، أن المجتمع الدولي في طريقه لأن يُخضع مجالات جديدة لذات النوع من الرقابة. وبالإضافة إلى الاستثمارات الأجنبية، تظهر التجارة الدولية أيضًا، بصورة تدريجية، كمرشح قوي للخضوع لهذه المقاربة الجديدة. ولذلك، فإن الدعاوي التي يرفعها التجار أمام المحاكم الوطنية أو الآليات الإدارية كانت تنطوي، في أغلب الأحيان، على مسائل دقيقة تنتمي للقانون الدولي، وكذلك الحال بالنسبة للدعاوي التي ترفعها الدول أمام منظمة التجارة العالمية World Trade Organization (WTO) . وفي بعض الأحيان، يتم التعامل مع هذه الدعاوي من خلال بعض المؤسسات الإقليمية، كما هو الحال، بصفة خاصة في الاتحاد الأوربي.

وفي بعض اتفاقيات التجارة الحرة- كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية NAFTA- يُسمح للأفراد، الذين تعرضوا لضرر نتيجة نشاط الدولة الخاطئ، برفع دعاواهم أمام بعض اللجان الثنائية bi-national panels. وعلى الرغم من أن هذه اللجان أو المؤسسات تطبق المعايير والقوانين الوطنية، فإنها تجري عملية من الرقابة الدولية، على الأنشطة الإدارية الوطنية، بناءً على طلب مباشر من الأفراد المضرورين من الأنشطة الخاطئة للدولة.

وثمة نماذج أخرى يمكن الإشارة إليها في هذا السياق. من ذلك، أن الملكية الفكرية، وقانون البحار، ودعاوي تسوية المنازعات من مختلف

الأنواع، لاسيما المنازعات الناشئة عن أوقات الحروب، ليست سوى أمثلة للمجالات التي مُورست فيها الرقابة الدولية. وثمة مقترحات عدة بإدراج مجالات جديدة في هذا السياق، منها البيئة- حيث اقترح إنشاء محكمة دولية للبيئة- وإفلاس الدولة. وقد قدمت هذه المقترحات في سياق المناقشات التي دارت بشأن هذا الموضوع في صندوق النقد الدولي.

## المطلب الثاني

## التقدم والتراجع في البحث عن التوازن

يبدو من الضروري، لإمكان متابعة هذه المناقشة، تحديد الإطار الذي يعمل فيه القانونان الوطني والدولي. حيث لم تعد حماية الملكية والحقوق المكتسبة acquired rights مسألة أساسية في القانون الدولي. حيث لم يكن من اليسير، لمدة طويلة، التوفيق بين الحق في الحماية the right to protection وأولوية أو علو السيادة الوطنية the supremacy of national sovereignty. ولذلك، لم يكن ممكنًا، إلا بعد مواجهات صعبة، التوصل إلى تفاهم بشأن القيود التي يمكن إيرادها على هذه المفاهيم. ونتيجة لذلك، تم تحديد الشروط اللازم توافرها لمباشرة الحماية الدبلوماسية diplomatic protection، والحق في نزع الملكية the right to expropriate، وكذلك أيضًا الحق في التعويض right to compensation. ولاشك أن جهات القضاء الدولي كانت أداة مساعدة في التوصل إلى مثل هذه التفاهمات.

ويُلاحظ أن نجاح هذه المقاربة الجديدة، بالتضافر مع بعض الحقائق الاقتصادية التي لا مفر منها، كان واضحًا إلى درجة أن نزع الملكية المباشر الصريح أضحى، في الوقت الحاضر، أمرًا استثنائيًا. حيث يجب أن يلبي هذا الإجراء بعض المتطلبات المسلم بها، حتى يمكن قبوله باعتباره مشروعًا في ظل القانون الدولي. ويكفى فحص قائمة القضايا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في السنوات الأخيرة لإدراك أن مثل هذا النوع من نزع الملكية أصبح استثنائيًا تمامًا[1].

وقد أخذ بدرجة ما من (التكيف) accommodation فيما يتعلق بنزع الملكية التنظيمي أو غير المباشر. حيث تتمسك الدولة بحقها في تبني إجراءات تستهدف تحقيق السياسات والمصالح العامة. بينما يتمسك المستثمرون بحقهم في الحصول على تعويض إذا ما ارتقت مثل هذه الإجراءات لأن تشكل نزعًا للملكية. ولا يمكن التشكيك في مشروعية كلا الرأيين في ذاتهما. ولكن المشكلة تكمن في تحديد: كيف وأين يجب وضع القيود ذات الصلة، أي تحديد نقطة التقاء المصالح، ومن ثم إجراء توفيق أو مصالحة بينها.

(1) Direct expropriation was involved, e.g., in the case Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica, Award of February 17, 2000, 39 I.L.M. 317 (2000). In other prominent cases only regulatory measures alleged to have amounted to expropriation were involved: Metalclad v. Mexico, 40 I.L.M.55 (2001); Waste Management Incv. Mexico, 40 I.L.M.56 (2001); Pope and Talbot Inc v. Canada, 41 I.L.M. 1347(2002).

ومع ذلك، ففي الوقت الذي بدا فيه الاعتقاد يسود بأن الإطار القانوني في مرحلة تطور، على الطريق الصحيح، في اتجاه بلوغ مثل هذا التوازن، لاسيما في ظل قضاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، إذا بالمواجهة تندلع، فجأة، مرة ثانية. هل توجد معاملة نابعة من اتفاقية NAFTA أو اتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT أم فقط مجرد معيار الحد الأدنى النابع من القانون العرفي؟ هل تمثل هذه المعايير معايير القرن الحادي والعشرين أم أنها مازالت تنتمي للقرن التاسع عشر [1]؟

والحقيقة أن الفكر القانوني الدولي قد واجه صعوبة كبيرة في التركيز على المقاربة الصحيحة لمسألة السلطة التنظيمية، لاسيما إذا ترتب على ممارسة هذه السلطة نزع غير مباشر للملكية، وذلك في مواجهة نزع الملكية الرسمي formal expropriation.

ويبدو ذلك جليًا من فحص قائمة القضايا التي طُرحت على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID وتلك التي ثارت في ظل اتفاقيات NAFTA. حيث تتعلق أغلب هذه القضايا بمسائل مثل حق الدولة في تبني أنواع معينة من القواعد التنظيمية وتوزيع السلطات داخل الدولة وحكوماتها (أو سلطاتها) الإقليمية أو المحلية المتنوعة، وأثار مثل هذه القواعد ومدى ارتباطها بالمعاملة المتطلبة في مثل هذه الاتفاقيات.

---

(1) Asan Sedigh: "What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?", 2 The Journal of World Investment, p. 631 (2001).

## المطلب الثالث

## حقوق الدولة والقيود الواردة على سلطاتها

## States' Rights and Limits of Authority

ثمة مسألتان يحسن استجلاؤهما في البداية. **فمن** ناحية، ليس هناك شك في أن الدولة من حقها أن تتبنى إجراءات تنظيمية في سياق تنفيذها للتشريع وغير ذلك من الأشكال الأخرى للتعبير عن السيادة. والحقيقة أن مثل هذا الحق- الذي يندرج، بصفة عامة، تحت المفهوم الغامض لسلطات الضبط the concept of police powers- لم يشكك فيه أحد، ولا يُتصور ذلك، ما لم يكن المرء يستهدف التحلل الكامل لوظائف الدولة، وهذا ليس مطروحًا الآن، ولا يُحتمل أن يكون مطروحًا في المستقبل.

**ومن ناحية ثانية**، لا يمكن ممارسة السلطة التنظيمية بطريقة مشروعة، إذا كانت هذه الممارسة تنتهك إطار الحقوق القانونية الذي تُباشر السلطة في ظله. من ذلك، على سبيل المثال، أنه أضحى من المسلم به، في الوقت الحاضر، أن الإجراءات التنظيمية لا يمكن تبنيها بطريقة مشروعة، إذا كانت هذه الإجراءات تتناقض مع المعايير الدستورية، والإطار التشريعي، وحقوق الإنسان. ويخضع مدى احترام الدولة لمثل هذه المعايير في مباشرتها لسلطتها التنظيمية لرقابة المحاكم الدستورية، والسلطات القضائية، والآليات الدولية.

وتكمن المشكلة في بيان حدود مثل هذه السلطات أو الوظائف في ظل القانون الدولي:

- **فمن ناحية**، يبدو أن هناك مبدأ مقررًا يتمثل في أنه لا يجوز للـدول أن تعمل بطريقة مناقضة للاتفاقيات والعقود، وذلك، على الأقـل، بالنـسبة للعقود التي تتمتع بشكل ما من أشكال حماية القانون الدولي ذاته[1].

- **ومن ناحية ثانية**، من المسلم به، أيضًا، في ظـل مبـدأ الإسـناد the principle of attribution أن الدول مسئولة، في ظل القانون الدولي، ليس فقط عن أعمال سلطات الحكومة المركزية، ولكن أيضًا عن أعمـال أي وكالة عامة- سلطة إدارية عامة- تمارس وظائف تنظيمية من نـوع ما[2].

وفي ضوء القضاء الحديث للمركز الدولي لتسوية منازعات الاسـتثمار ICSID، والأحكام الصادرة في ظل اتفاقية NAFTA[3]- وكذلك أيضًا فـي ظل العديد من السوابق الدولية الأخـرى[4]، أضـحى واضـحًا أن أغلـب المشكلات التي تثور بسبب ممارسة السلطة التنظيمية، التي يترتب عليها شكل

---

(1) Rosalyn Higgins: "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", Recueil des Cours, Academy of International Law, Vol. 176, p. 263 (1982- III).

(2) James Crawford: The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Chapter 11 (2002).

(3) See, e.g., Compafifa de Aguas del Aconquija S. A. v. Argentina, 40 I.L.M.425 (2001), and Decision on Annulment 41 International Legal Materials 1135 (2002).

(4) Asan Sedigh, "What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?" ,op. cit., pp. 666-671.

ما من أشكال نزع الملكية، يحدث ليس بالنسبة للسلطات الحكومية المركزية، التي تكون في الغالب على وعي بالالتزامات الدولية، ولكن بالأحرى الكيانات الحكومية الأدنى درجة، مثل الولايـات المحليـة، والمحليـات، والوحـدات المشابهة. وقد أصبح هذا المبدأ مستقرًا إلى درجة النص صراحة، في بعـض الاتفاقيات، على تبني إجراءات- تتسق مع نـصوص الاتفاقيـة- بواسـطة السلطات الوطنية والإقليمية والمحلية، وكذلك إنشاء آلية معينة لضمان تحقـق هذه الغاية[1].

ومن الممكن أن يؤدي مثل هذا الإسناد إلى ذراع بالغة الطـول تمتـد، بالفعل، إلى أعمال السلطات المحلية بقدر ما يكون تبني هذه الأعمال مخالفـا للالتزامات الدولية الواقعة على عاتق الدولة ذات الصلة. ومـع ذلـك، فإنـه بمقدور الحكومة المركزية، بطبيعة الحال، تقييد هذه النتيجة من خلال كفالـة وسائل إنصاف وطنية ملائمة وشاملة في مواجهة أعمـال هـذه الـسلطات المحلية.

(1) Protocol to the Argentina-Chile Treaty on Mining Integration and Cooperation, 20 August 1999, Art. 5.

## المطلب الرابع

## رقابة السلطات التقديرية

## Controlling Discretionary Powers

لا تعد الوسائل السابق الإشارة إليها، مع أهميتها، كافية، بذاتها، لحل مشكلة القيود الواردة على السلطات التنظيمية. ولذلك، تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى معيارين قانونيين كان لهما – أو من المحتمل أن يكون لهما – تأثير قوي في **القانونين الإداري الوطني والدولي**: ويتمثل هذان المعياران فيما يلي:

**أولاً:** مبدأ إخضاع السلطات التقديرية للإدارة للرقابة القضائية في ظل معايير معينة.

**ثانيًا:** مبدأ احترام التوقعات المشروعة. ويعد هذا المبدأ إسهامًا حديثًا من جانب المحاكم الإنجليزية في هذا الخصوص.

ومن المسلم به، في قضاء أغلب المحاكم الوطنية، أن سلطات الإدارة هي، بحسب الأصل، سلطات تقديرية discretionary. ولذلك، فإن هذه السلطات لا تخضع للرقابة القضائية إلا في حالة الانحراف بالسلطة détournement de pouvoir[1]. ومع ذلك، فقد تم التأكيد، أيضًا، على أن

(1) See, e.g., decision adopted by the French Conseil d'Etat in Abbé Bouteyre, 10 May. 1912, in M. Long et al., Les grands arrets de la jurisprudence administrative, p . 150 (2001).

حقوق الأفراد يجب حمايتها استنادًا إلى مبدأ حكم القانون the rule of law[1]. وقد وجدت هذه المقاربة دعمًا قويًا لها في قضاء المحاكم الإدارية الدولية. حيث يبين، من قضاء هذه المحاكم، أنها إذا كانت تحترم الأعمال والقرارات الإدارية التقديرية، فإنها تسلط رقابتها القضائية على أعمال الإدارة التي يتم تبنيها بالمخالفة للمعايير الأساسية.

وفي بادئ الأمر، طُبق هذا المعيار من معايير الرقابة القضائية؛ بصفة أساسية، على الجوانب الشكلية formal aspects المرتبطة بالوسائل السليمة قانونًا (الضمانات الإجرائية due process) والشفافية transparency. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن المحكمة الإدارية بالبنك الدولي قد تواترت، في قضائها، على أنها لن تتدخل في ممارسة السلطة التقديرية، ما لم يُشكل القرار محل النزاع:

"سوء استخدام للسلطة التقديرية، من حيث كونه تعسفيًا، أو تمييزيًا، أو مسببًا بصورة غير صحيحة، أو طُبق بطريقة تخالف الإجراءات العادلة والمعقولة"[2].

ومن الواضح أن هذا التعريف لمعيار الرقابة القضائية ينطوي ليس فقط على مسائل إجرائية، ولكن أيضًا على بعض المسائل التي تتعلق بموضوع القرار محل النزاع.

(1) Conseil d'Etat: Daudignac, 22 June 1951, in Long, ibid, p. 447.

(2) World Bank Administrative Tribunal: Suntharalingam, Reports, 1982, Decision No. 6, para. 27.

والحقيقة أن إدراج بعض المسائل المتعلقة بموضوع القرار، تدريجيًا، أضحى أحد عناصر الرقابة القضائية. وفي بعض الأمثلة، انصب التركيز ليس، في المقام الأول، على قرار فردي، ولكن على الكيفية التي يمكن من خلالها أن تكون سلسلة من القرارات قد أثرت على حقوق الفرد ذي الصلة. ومعنى ذلك، أن الرقابة القضائية يمكن أن تغطي عملية معينة مكونة من سلسلة من القرارات، وليس فقط عملاً فرديًا منعزلا(1). وفي حالات أخرى، يلاحظ أن معيار الرقابة القضائية أصبح أكثر صرامة، لاسيما عندما تمارس الإدارة سلطات ذات طبيعة شبه قضائية، كما هو الحال لدى اتخاذها إجراءات تأديبية(2). وحتى في المسائل الأخرى، فقد منحت المحاكم الإدارية اختصاصًا قضائيًا استئنافيًا يَسمح لها بمباشرة سلطة رقابية أكثر اتساعًا في مواجهة العمل محل الطعن(3).

ولعل الأكثر أهمية في هذا السياق هو امتداد الرقابة القضائية لتطال بعض التشريعات الصادرة من (جهة معينة) ففي قضية de Merode، قضت المحكمة الإدارية بالبنك الدولي بأن السياسات التي تؤثر على العناصر الجوهرية والأساسية لحقوق الموظفين لا يمكن تغيرها دون رضاء الموظفين المعينين، وذلك خلافًا للسياسات المرتبطة بالعناصر أو الجوانب غير الأساسية

(1) World Bank Administrative Tribunal: Chhabra, Reports, 1994, Decision No. 139, Para. 57.
(2) World Bank Administrative Tribunal: Planthara, Reports, 1995, Decision No. 143, Para. 24.
(3) World Bank Administrative Tribunal: Shenouda, Reports, 1997, Decision No. 177, Para. 12.

لعلاقة الموظفين بالمؤسسة[1]. وفي قضية Grevier وعدد آخر من القضايا المرتبطة، رأت المحكمة ضرورة تقدير ملاءمة جوهر وموضوع إصلاح نظام المعاشات، وذلك لإمكان التعامل مع الشكوى المقدمة، وإن كانت معقولية التشريع وعدالته قد تأيدت في هذه القضية[2]. أما المبدأ الثانى الخاص بالتوقعات المشروعة، فيحسن تناوله فى مطلب مستقل فيما يلى:

## المطلب الخامس

## التوقعات المشروعة كمعيار جديد

يتمثل المعيار القانوني الثاني- الذي يترك أثرً كبيرًا في قضاء المحاكم الوطنية والدولية- في **التوقعات المشروعة**. وفي بادئ الأمر، لم يكن هذا المعيار يُطبق، بصورة رئيسة، إلا على المسائل الإجرائية procedural questions، أو عندما تدعو الحاجة للأخذ في الاعتبار سياسة سابقة[3]. ومع ذلك، قضى مجلس اللوردات House of Lords، في قضية Preston، أن عدم العدالة التي ترقى إلى إساءة استخدام السلطة يمكن أن تنشأ عن مسلك مساو لانتهاك عقد أو وعد breach of contract or representation[4].

(1) World Bank Administrative Tribunal: de Merode, Reports, 1981, Decision No. 1, paras.41, 42.

(2) World Bank Administrative Tribunal: Crevier, Reports, 1999, Decision No. 205, paras. 28, 29.

(3) Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp (1947) 2 All ER 680, (1948) 1 KB 223.

(4) Preston v. IRC (1985) 2 All ER 327, (1985) AC 835.

وفي قضية R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan[1]، سعت محكمة الاستئناف الإنجليزية إلى معالجة عدم المساواة في السلطة بين المواطن والدولة[2]. حيث قضت المحكمة بأن:

"عندما تقدر المحكمة أن وعدًا قانونيًا أو ممارسة قد انطوت على توقع مشروع بالحصول على ميزة موضوعية، وليس فقط إجرائية، ففي هذه الحالة، ستحدد المحكمة- عندما تتوافر شروط ذلك- ما إذا كان إحباط التوقع غير عادل إلى درجة تجعل تبني اتجاه مختلف من السلوك يرقى إلى مرتبة إساءة استخدام السلطة، وهكذا، حالما يتم التأكد من مشروعية التوقع، تأخذ المحكمة على عاتقها مهمة موازنة متطلبات العدالة في مواجهة أي مصلحة راجحة تم الاعتماد عليها في تغيير السياسة"[3].

---

(1) R. v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan (2000) 3 All ER 850.

(2) "Where the Court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a ***benefit which is substantive,*** not simply procedural, authority now establishes that here too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy.

(3) "Where the Court considers that a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here

=

وبعد أن قامت المحكمة بفحص القضايا السابقة، أضافت ما يلي:

"إن مهمة المحكمة، في كل القضايا، ليست إعاقة النشاط التنفيذي، ولكن التوفيق أو المصالحة بين الحاجة المستمرة (للإدارة) في تبنـــي أو الاستجابة للتغيير من ناحية، والمصالح المشروعة أو توقعات المواطنين أو الأجانب الذين وثقوا في أو عولوا على- وكانت هذه الثقــة أو هــذا التعويل مسوغًا- على سياسة سارية أو وعد مقدم **من ناحية أخرى**"(1).

ولا يختلف الموقف السابق، تمامًا، عما هو سائد في ظل القانون الدولي. ومن ثم، فإن الحكومات والمنظمات الدولية بمقدورها أن تتبنى تغييرات فـــي السياسة السارية، في سياق بحثها عن أفضل الخيارات في نهوضها بوظائفها. ومع ذلك، قد لا يكون ممكنًا العدول عن السياسات المتبناة سلفًا بقدر ما تكون هذه السياسات قد ولدت توقعات مشروعة، سواء كانت هــذه التوقعــات ذات

---

too the court will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power. Here, once the legitimacy of the expectation is established, the court will have the task of weighing the requirements of fairness against any overriding interest relied upon for the change of policy.", R v. North and East Devon Health Authority, ex Parte Coughlan, op. cit., para. 57.

(1) "The court's task in all these cases is not to impede executive activity but to reconcile its continuing need to initiate or respond to change with the legitimate interests or expectations of citizens or strangers who have relied, and have been justified in relying, on a current policy or extant promise.", op. cit., para. 65.

طبيعة إجرائية أم موضوعية، وذلك إذا كان هذا العدول غير عادل إلى درجة ترقى إلى مستوى إساءة استخدام السلطة. ويفترض تبني هذه المقاربة وجود حماية دولية للحقوق ذات الصلة. وهنا تكمن القيود المفروضة على ممارسة السلطة التقديرية ودور الرقابة القضائية كوسيلة للإنصاف.

ولاشك أن آثار المقاربة السابقة تكتسب أهمية كبيرة بالنسبة لتطور القانون الدولي. وقد أثار الأستاذ Ian Brownlie[1]، والليدى Fox[2] مسألة ما إذا كان تولد توقعات مشروعة لدى أحد الأفراد يجب أن يكون متضمنًا في الاستثناءات الواردة على قانون حصانة الدولة the law of State immunity.

ويُلاحظ أن المحكمة الإدارية بالبنك الدولي قد اعتمدت في قضائها- شأنها في ذلك شأن غيرها من الهيئات القضائية- على مبدأ التوقعات المشروعة، وإن كان ذلك يتم، في أغلب الأحيان، دون تعمد من المحكمة. من ذلك، على سبيل المثال، أن هذه المحكمة قضت بأن الملابسات والظروف المحيطة يمكن أن تنشئ حقًا في تعيين يتحول، فيما بعد، إلى نوع أخر من التعيين[3]، ويرجع ذلك لأن الوعد الذي قطع، بصورة صحيحة، لإجراء هذا

(1) Institut de Droit International, Resolution on Contemporary Aspects concerning Jurisdictional Immunities of States, Art. 2 (d), Annuaire, 1991-I1, 64, 266.

(2) Hazel Fox: The Law of State Immunity, 2002, 298-300.

(3) World Bank Administrative Tribunal: Mr. X, Reports, 1984, Decision No. 16, Para. 38.

التحول قد تم إنفاذه، نظرًا لأنه قضى بأن القرار المباشر يشكل إساءة استعمال للسلطة التقديرية[1]. وفي القضية الحديثة Prescott، خلصت المحكمة، أيضًا، إلى وجود توقع مشروع لدى الموظف الذي أكد له مرات عديدة النظر في تصحيح وضعه regularization، وهو ما لم يحدث في الواقع[2].

## المطلب السادس

## البحث عن جهة قضائية تختص بالرقابة

إذا كان من الممكن، من الناحية المفاهيمية، تحقيق توازن صحيح بين وظائف الدولة من ناحية، وحقوق الأفراد من الناحية الأخرى، كما يحدث في الواقع بصورة تدريجية، فإن السؤال الذي يُثار هو: أمام أي جهة قضائية يمكن تحقيق هذا التوازن؟ والدافع إلى طرح هذا السؤال هو أنه باستثناء بعض الأنظمة القانونية الوطنية القليلة، التي تتمتع برقابة قضائية عريقة ومتميزة على نشاط السلطة التنفيذية، فإن رقابة القضاء على هذا النشاط التنفيذي ليست، بصورة عامة، المقاربة الأكثر ملاءمة. ذلك أن المحاكم تميل، في أغلب الدول، إلى إبداء درجة من التعاطف مع حكوماتها أو، **في المقابل**، تفتقد للسلطات التي تمكنها من التدخل في المسائل التي تعد إدارية بصورة أساسية.

---

(1) World Bank Administrative Tribunal: Bigman, Reports, 1999, Decision No. 209.

(2) World Bank Administrative Tribunal: Prescott, Reports, 2001, Decision No. 253, Para. 25.

ولذلك، يتساءل بعض الكتاب هل يمكن إنشاء جهة قضائية دولية خاصة لتحقيق هذه الغاية؟ والحقيقة أنه إذا كانت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID تمارس شكلاً ما من الرقابة على الأعمال أو الأنشطة الوطنية التي تتعارض مع الاتفاقيات ومعايير القانون الدولي، وإن كان هذا يقتصر على الاستثمارات الدولية، فمن المحتمل جدًا أن يتسع نطاق هذا الاتجاه ليشمل التجارة الأجنبية: وهكذا، يبدو واضحًا وجود تطورات إيجابية في هذا السياق.

بيد أن السؤال يبقى قائمًا: هل يمكن توسيع مجال تدخل هذا النظام القضائي ليشمل طوائف أخرى من الأفراد خارج مجال التجارة والاستثمارات؟ من ذلك، على سبيل المثال، هل يمكن أن يتسع اختصاص هذا النظام القضائي ليشمل الأجانب بصفة عامة أو حتى المواطنين في إحدى الدول إذا كانوا يستشعرون أن حقوقهم قد أضيرت نتيجة تبني قواعد تنظيمية تعسفية. ويلاحظ أن مثل هذا التوجه يبدو أكثر وضوحًا في مجال حقوق الإنسان، حيث تتسع الممارسة العملية لتشمل الأجانب والوطنيين على حد سواء، إذا ما شكلت الأعمال التنظيمية، المتبناة من جانب الدولة، انتهاكًا للاتفاقيات ومعايير القانون الدولي.

ولاشك أن التطور، المشار إليه أنفًا، يبدو، بالتأكيد، متوقعًا عندما يحظى حقوق الأجانب بنوع ما من الحماية الدولية. ومن المحتمل جدًا أن تشمل هذه الحماية ترتيبات قضائية ملائمة لتحقيق هذه الغاية. ويذهب بعض الكتاب إلى أنه إذا ما أضحى المجتمع الدولي، يومًا ما، مجتمعًا عالميًا حقيقة، وأضحى

الفرد، بدوره، مواطنًا عالميًا، فإن مثل هذه المعايير الحمائية يُتوقع أن تطبق ليس فقط على الأجانب، ولكن أيضًا على الوطنيين. حيث لن يكون هناك فصل قانوني متوقع بين الوطنيين والأجانب بصدد هذه المسائل ذات الصبغة العالمية الواضحة.

ومع ذلك، يجب، في هذه الأثناء، توسيع مثل هذه الخطوات، تدريجيًا، لتشمل بعض طوائف مختارة من الأفراد، لاسيما عندما يدخل هؤلاء الأفراد في علاقات قانونية، مع الدول والمنظمات الدولية، تخضع للقانون الدولي. وهكذا، فإن معايير القانون الدولي والأنظمة القضائية الدولية ستطبق على مثل هذه الطوائف من الأفراد، بغض النظر عن مكان تواجدهم أو انتمائهم الوطني. ومن الملاحظ أن التمييز بين الأجانب والمواطنين يثير كثيرًا من المشكلات. ويرجع ذلك إلى أن الأجانب يمنحون، في أغلب الأحيان، معاملة أفضل من تلك التي يحظى بها المواطنون. غير أنه من المحتمل أن يظل هذا التمييز أمرًا واقعًا، مادام لم يتم التوصل بعد إلى عولمة كلية أو جزئية. ولاشك أن عدم التمييز سيساهم في الانتقال بين المعاملة الوطنية والحقوق الدولية.

وثمة مدخل يمكن توقعه لحكم هذه المقاربة في المستقبل القريب، تمامًا كما يحدث، في الوقت الحاضر، فيما يتعلق بالاستثمارات، وجزئيًا بالنسبة لمسائل التجارة. ومن الواضح أن تنظيم بعض الأنشطة ذات الأهمية الكبيرة بالنسبة للمجتمع الدولي، والحاجة لتجنب الإجراءات التي تستتبع نزعًا للملكية، يمكن أن يشكلا مرشحًا جيدًا لمثل هذه الآلية. ولعل الإنكار التعسفي

للتراخيص الحكومية governmental permits في مثل هذا السياق يمكن، أيضًا، أن يعد مجالاً تكتسب فيه حماية الأفراد أهمية خاصة. وليس من غرض هذا البحث تقديم قائمة تفصيلية دقيقة لهذه المجالات، ولكن فقط مجرد اقتراح أن المجالات التي يكون فيها الفرد أكثر عرضة لتعسف الدولة وسوء استخدامها للسلطة، يجب إدراجها في مثل هذه العملية للرقابة القضائية إلى درجة أنها أضحت مجالاً للاهتمام والحماية الدولية.

وبالتوازي مع تطور هذا النوع من الحماية الدولية، يبدو مهمًا تبني بعض أنواع من الضوابط الملائمة للمحافظة على عدد الشكاوي تحت السيطرة. ومن وجهة النظر الإجرائية، من الضروري أن تكون الآلية المختارة قادرة على العمل بمرونة مع العدد الكبير من الدعاوي، والدعاوى الجماعية class actions.

وتجدر الإشارة إلى أن الصيغة المؤسسية تعد أحد الجوانب التي من المحتمل أن تتبع الحماية الوظيفة للمسائل ذات الصلة. ومن المتوقع أن يؤدي اتساع المجالات الخاضعة للحماية إلى تنامي الرقابة القضائية المؤسسية- من نوع منظمة التجارة العالمية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID- التي تستجمع خبرة المحاكم الإدارية والمحاكم الدولية. ويمكن، أيضًا، تصور تبني محاكم دولية أو إقليمية، كما هو الحال على مستوى الاتحاد الأوربي.

## المطلب السابع

## المواطن العالمي والحماية العالمية

## Global citizen, Global Protection

من المسائل التي تحظى بأهمية كبيرة في الوقت الحاضر ضرورة عدم ترك الأفراد دون حماية في مواجهة التزايد المستتمر لوظائف الدولة والمنظمات الدولية وما يستتبعه هذا التزايد في الوظائف من سوء استخدام للسلطة في كثير من الأحيان. وإذا لم ترتق الأنظمة القانونية الوطنية إلى مستوى التعامل المطلوب مع هذه المشكلة، فيجب على المجتمع الدولي أن يحقق هذه الغاية في سياق تطوير الحقوق المحمية دوليًا internationally protected rights. وليس معنى هذا إلغاء الوظائف السيادية للدولة، ولكن فقط التأكد من استجابة الدول للاحتياجات المشروعة، وأن مباشرتها لسلطاتها لن ينتج عنه إساءة استخدام لهذه السلطات.

وهكذا يستفيد الأفراد والدول من إخضاع الأعمال التنظيمية المشوبة بأي شكل من أشكال العيوب للرقابة القضائية، سواء كانت هذه العيوب موضوعية أم إجرائية.

## المبحث الثاني

## المعاملة العادلة والمنصفة كتجسيد لحكم القانون

## *Fair and Equitable Treatment as an Embodiment of the Rule of Law*

يشكل حكم القانون the rule of law مفهومًا قانونيًا إيجابيًا بالغ الاتساع. ويوجد هذا المفهوم- مع تشابه واضح في سماته- في معظم الأنظمة القانونية التي تتبنى المذهب الدستوري الليبرالي liberal constitutionalism[1]. ويمكن القول إن الهدف الرئيس لمبدأ حكم القانون هو إخضاع السلطة العامة للرقابة القانونية legal control[2][3]. وهذا يعني-

---

(1) See Schulze-Fielitz, in: Dreier (ed.), Grundgesetz – Kommentar, Vol. II, Art. 20, paras. 1-33 (describing the development of the concept of the rule of law as a central principle of constitutionalism). See also the contributions in Hofmann/Marko/Merli/Wederin (eds.), Rechtsstaatlichkeit in Europa; von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (eds.), Ius Publicum Europaeum, Vol. I; Sellers/Tomaszewski (eds.), The Rule of Law in Comparative Perspective.

(2) On the development of the rule of law in its politico-philosophical background see Tamanaha, On the Rule of Law. For the thesis that the rule of law is a concept common to civil and common law see also Zolo, in: Costa/Zolo (eds.), The Rule of Law, 3.

(3) Dyzenhaus, Law & Contemp. Prob. 68 (2005), 127 (130); similarly Waldron, Law & Philosophy 21 (2002), 137 (158); Hesse, in: Forsthoff (ed.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit,

=

وفقا لرأي الأستاذ F.A. Hayek:

"أن الحكومة يجب- بغض النظر عن كل المسائل الفنية- أن تكون ملتزمة، في كل الأنشطة التي تقوم بها، بالقواعد المحددة سلفا والمعلنة، أي القواعد التي تجعل من الممكن توقع، بدرجة معينة من اليقين، كيف أن السلطة ستستخدم سلطاتها القهرية، وكذلك تخطيط الفرد لأنشطته الفردية على أساس هذه المعرفة"[١]:

ويشير **حكم القانون**، بصفة أساسية، إلى الجودة الشكلية للقانون the formal quality of law باعتباره يشكل المعايير المرشدة للأنشطة الإنسانية، ويمثل الطموح المؤسسي لاستخدام الحكومة للقانون كوسيلة لممارسة السلطة[٢]. ويتجسد هذا المبدأ المجرد لحكم القانون من خلال بعض المتطلبات الإجرائية procedural requirements الواجب احترامها في

---

557 (560 et seq.). As such, it should also be distinguished from other concepts of good and desirable government, such as human rights, democracy or justice. See Raz, L. Quart. Rev. 93 (1977), 195 et seq.

(1) "stripped of all technicalities this means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge.", Hayek, The Road to Serfdom, 54.

(2) On the formalist ideal of the rule of law see Fallon, Columb. L. Rev. 97 (1997), 1 (14 et seq.).

سياق الإجراءات القانونية[1]. ووفقا لهذه المتطلبات، يجب أن يتمتع الأفراد الذين يمكن أن تتأثر مصالحهم بالقرارات- التي يصدرها الموظفون الرسميون- بحقوق معينة، مثل:

"الحق في الاستماع إليهم قبل إصدار القرار، الحق في قرار صادر بطريقة محايدة وغير متحيزة، الحق في معرفة الأساس الذي يستند عليها القرار حتى يكون بالإمكان الطعن عليه، الحق في قرارات مسببة، الحق في قرار مسوغ، بطريقة معقولة، بالاعتبارات القانونية والواقعية ذات الصلة"[2].

ومن ثم، فإن حكم القانون يتطلب الاعتراف بالفرد- الذي يتأثر بقرارات السلطة العامة- كفاعل يتمتع بحقوق معينة يجب أخذها في الاعتبار في إجراءات إصدار القرارات العامة: وبالإضافة إلى الاعتراف بالحقوق الإجرائية، يُلاحظ أن حكم القانون، يكمن، في الغالب، في جوهر فكرة التناسب التي تقتضي إقامة التوازن الصحيح بين مصالح الفرد، والمصالح العامة المقابلة[3]. وأخيرًا، ينطوي حكم القانون على آثار معينة بالنسبة

(1) On the "legal process ideal" of the rule of law see ibid., 1 (18 et seq).

(2) "the right to a hearing before a decision is made, the right to have the decision made in an unbiased and impartial fashion, the right to know the basis of the decision so that it can be contested, the right to reasons for the official's decision, and the right to a decision that is reasonably justified by all relevant legal and factual considerations.", Dyzenhaus, Law & Contemp. Prob. 68 (2005), 127 (129).

(3) On this thrust that has been developed particularly in the German
=

للتصميم المؤسسي للحكومة. من ذلك، أن المبدأ يتطلب فصلاً أساسيًا بين السلطات، وإمكان إخضاع أنشطة السلطة العامة للرقابة من جانب سلطة قضائية مستقلة(1). ويمكن القول إن ما تقدم يمثل الفهم الشكلي لحكم القانون السائد في العديد من الأنظمة القانونية الوطنية(2).

واستنادًا إلى المعنى المتقدم، يمكن النظر إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة باعتباره يتضمن مفهوم حكم القانون الذي يجب أن تعتنقه الدول المضيفة في تعاملها مع المستثمرين. وإذا كان مفهوم حكم القانون لا يتجسد بصورة محددة نظرًا للتطورات التاريخية المتباينة في الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة- مما يجعل المضمون الدقيق للمفهوم محلاً للجدل في أغلب

---

tradition and has been taken up in the reasoning of other domestic courts as well as international dispute settlement bodies, including the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the WTO Dispute Settlement Body see Stonė Sweet/Mathews, Columb. J. Transnat'l L. 47 (2008), 72.

(1) Dyzenhaus, Law & Contemp. Prob. 68 (2005), 127 (130 et seq.).

(2) See on the primarily formal tradition in Germany for example Schulze-Fielitz, in: Dreier (ed.), Grundgesetz – Kommentar, Vol. II, Art. 20, paras. 13 et seq. Similarly, the due-process clause of the U.S. Constitution has mainly found a procedural interpretation; see Shell, in: Tohidipur (ed.), Der bürgerliche Rechtsstaat, 377 et seq. On the decline of the substantive understanding of due process by the Supreme Court and the emphasis on procedure see also Kantor, Law & Practice Int'l Courts & Tribunals 5 (2006), 231.

الأحيان[1]، فإن حكم القانون يسهم، مع ذلك، في تفسير المضمون القاعدي أو المعياري لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة. وهكذا، فإن النظرة المقارنة للأنظمة الوطنية تكشف عن طائفة معينة من الأفكار والمعايير التي يُنظر إليها باعتبارها تشكل جزءًا من مفهوم حكم القانون. ومن الواضح أن هذه الأفكار المشتركة يمكن أن تخدم كمعايير يجب أن تلتزم بها الدولة، حتى تمتثل "لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة" في قانون الاستثمار الدولي.

ويمكن القول إنه توجد مبادئ قاعدية أو معيارية normative principles خمسة تتكرر الإشارة إليها، بصورة ملحوظة، في المنطق أو التحليل الذي تتبناه محاكم التحكيم للأحكام التي تصدرها. ويُلاحظ كثير من الكتاب أن هذه المبادئ تشكل العناصر المكونة لمبدأ أو معيار المعاملة العادلة والمنصفة[2]. ويُلاحظ أن هذه المبادئ تظهر، أيضًا، باعتبارها مبادئ فرعية أو تعبيرًا عن مفهوم حكم القانون the concept of the rule law في الأنظمة القانونية الوطنية.

وسنتناول، فيما يلي، هذه المبادئ بإيجاز، وفقًا للخطة التالية:

**المطلب الأول :** الاستقرار والقابلية للتوقع والاتساق بالنسبة للإطار القانوني

---

(1) See only Waldron, Law & Philosophy 21 (2002), 137.

(2) What follows draws on Schill, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series), available at: < http://www.iilj.org/publications/2006-6Schill.asp > (last visited on 20 December 2010).

**المطلب الثاني :** حماية التوقعات المشروعة

**المطلب الثالث :** كفالة الضمانات الإجرائية والإجراءات الإدارية السليمة قانونًا وحظر إنكار العدالة

**المطلب الرابع :** الشفافية

**المطلب الخامس :** المعقولية والتناسب

## المطلب الأول

## الاستقرار والقابلية للتوقع والاتساق

## Stability, Predictability, Consistency

يُلاحظ أن محاكم الاستثمار تربط، بصورة متواترة، معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمتطلبات استقرار النظام القانوني للدولة المضيفة وقابليته للتوقع واتساقه. من ذلك، على سبيل المثال، ما تقرره المحكمة، في قضية CMS v. Argentina، من أنه:

"ليس هناك ثمة شك في أن استقرار الإطار القانوني وبيئة الأعمال يعد أحد العناصر الأساسية للمعاملة العادلة والمنصفة"[1].

---

(1) "there can be no doubt … that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment. ", CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 274. Similarly, Occidental Exploration and Production Com-

=

وقد حظى المتطلب الخاص بقابلية الإطـــار القـــانوني الحـــاكم لنـــشاط المستثمرين الأجانب لاهتمام مماثل. ففي قـــضية Metalclad v. Mexico، على سبيل المثال، أقامت المحكمة النتيجة التي توصلت إليها من وجود انتهاك للفقرة الأولى من اتفاقية NAFTA على أسانيد عدة، من بينها أن المكسيك قد فشلت "في تأمين " إطار قابل للتوقع لاســـتثمار وتخطـــيط أعمـــال شـــركة Metalclad"[1]. وبالمثل، خلـــصت المحكمـــة، فـــي قـــضية Tecmed v. Mexico، إلى أن المستثمر الأجنبي:

---

pany (OEPC) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, LCIA Case No. UN3467, Final Award of 1 July 2004, Para. 183; LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, Para. 124. See also PSEG Global Inc., The North American Coal Corp., and Konya Ingin Electrik Uretim ve Ticaret Ltd Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, paras. 250 et seq. (finding a breach of fair and equitable treatment by what the Tribunal described as "the 'rollercoaster' effect of the continuing legislative changes").

(1) "failed to ensure a ... predictable framework for Metalclad's business planning and investment. ", See Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (NAFTA), Award of 30 August 2000, para. 99. See further BG Group plc v. Republic of Argentina, Final Award of 24 December 2007, Para. 307; Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007, Para. 333; Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award of 18 August 2008, Para. 347.

"في حاجة لأن يعرف، مسبقا، كل القواعد واللوائح التي ستحكم استثماراته، وكذلك أيضًا، أهداف السياسات والممارسات الإدارية والتوجيهات ذات الصلة، حتى يكون قادرًا على تخطيط استثماراته والامتثال لهذه القواعد ..." [1].

وقد أضافت بعض محاكم التحكيم أن نقص وضوح النظام القانوني أو الغموض المفرط للقواعد القانونية يمكن أن يشكل انتهاكًا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة" [2]. وبالمثل، حظى متطلب الاتساق Consistency بتأكيد قوى في أحكام محاكم التحكيم. ولذلك، خلصت المحكمة، في قضية Tecmed v. Mexico، إلى أهمية متطلب الاتساق في اتخاذ القرارات- من جانب السلطة الإدارية المختصة- كمتطلب ضروري لاحترام مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة [3]. وفى ذات الاتجاه، انتهت المحكمة، في قضية MTD v. Chile، إلى وجود انتهاك لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة نتيجة:

---

(1) "know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices and directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. ", Tecmed v. Mexico, op. cit., Para. 154.

(2) See for example OEPC v. Ecuador, op. cit., Para. 184 (criticizing the vagueness of a change in the domestic tax law that did not "provid[e] any clarity about its meaning and extent").

(3)Tecmed v. Mexico, op. cit., paras. 154 and 162 et seq. See also OEPC v. Ecuador, op. cit., Para. 184. Similarly, Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award of 3 September 2001, paras. 292 et seq.

"عدم وجود اتساق في نشاط ذراعين من أذرع حكومة واحدة في مواجهة نفس المستثمر"[1].

ويُلاحظ أن المفاهيم السابقة تتضمن- في جملتها- عناصر عدة للمتطلبات الأساسية "للقانون" الذي ألمح إليه الأستاذ lon fuller في مؤلفه الشهير "الأخلاق الداخلية للقانون" Internal Morality of Law [2][3].

---

(1) MTD v. Chile, op. cit., Para. 163. Similarly, Tecmed v. Mexico, op. cit., paras. 154 and 162 et seq. See also OEPC v. Ecuador, op. cit., Para. 184; PSEG v. Turkey, op. cit., paras. 246 and 248; LG&E v. Argentina, op. cit., Para. 131; Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008, Para. 602.

(2) Fuller, The Morality of Law, 4. See also Kingsbury, Eur. J. Int'l L. 20 (2009), 23.

(٣) يذهب الأستاذ Lon Fuller، في مؤلفه The Morality of law، إلى أن ثمة مبادئ ثمانية تشكل الأخلاق الداخلية للقانون principles of internal morality. وتُعتبر هذه المبادئ- طبقًا لهذا الكاتب- سمات لصيقة بأي نظام قانوني. وتتعلق هذه المبادئ بما يلي:

١- عمومية القوانين the generality of laws.

٢- المتطلبات المتعلقة بنشر القوانين the demands that laws are published

٣- أن القوانين ليست رجعية that laws are not retroactive.

٤- وضوح القوانين the clarity of laws.

٥- تناسق القوانين the consistency of laws.

٦- المتطلبات الخاصة بألا تفرض القوانين واجبات يكون مستحيلاً تنفيذها.

٧- ألا تتغير القوانين على فترات متقاربة زمنيًا that laws are not changed frequently.

=

٨- المتطلبات الخاصة بضرورة أن يكون النشاط الحكومي متطابقًا مع القــوانين العامة التي تم سنها مسبقًا.

وقد استند الفقه البلجيكي، فيما بعد، إلى هذه المبادئ باعتبارها معايير لقياس جودة القوانين. وبالإضافة إلى ذلك، يوجد ثمة مؤثر آخر أسهم في بزوغ الفقه البلجيكي الخاص بمبادئ التشريع الجيد. وترجع جذور هذا المؤثر إلى الفقه الهولندي، حيث ظهرت النظرية الخاصة بمبادئ التشريع الجيــد doctrine of principles of proper law making في سبعينيات القرن الماضي. وقد بلغت هذه النظرية أوج ازدهارها في كتابات Nan Der Vlies، لاسيما في رسالتها للدكتوراه التي نُشرت في عام ١٩٨٤. وقد لخصت هذه الكاتبة مبادئ التشريع الجيد فيما يلي:

١- تحديد غرض واضح للقــانون the setting of a clear purpose of the law.

٢- مبــدأ الهيئــة المنظمــة الملائمــة the principle of the appropriate regulating body.

٣- مبدأ أن يكون القانون ضروريًا وممكنًا تنفيذه the principle that the law is necessary and can be executed.

٤- مبدأ الإجماع- ضرورة الاســتماع للأطــراف المعنيــة the 'consensus' principle - interested parties must be heard.

٥- مبدأ وضوح المصطلحات المستخدمة والتناسق the principle of a clear terminology and coherence.

٦- مبدأ أن يكون القانون قابلاً للتعرف عليه/ الإطلاع عليه/ الوصول إليــه the principle that the law can be known.

٧- مبدأ المساواة the equality principle.

٨- مبدأ أخذ الحالات الفردية في الاعتبار the principle to take notice of every individual case.

٩- مبــدأ احتــرام التوقعــات المــشروعة the principle that legitimate expectations be honoured.

وقد ثارت بعض الشكوك بشأن إمكانية وفائدة صياغة مثل هذه المبادئ، لاسيما إذا أخذ في الاعتبار الإمكانية المحدودة للرقابة القضائية علــى القواعــد القانونيــة، وبصفة خاصة فيما يتعلق بأعمال البرلمان Acts of Parliament. ومع ذلك، فقد اكتسبت هذه المبادئ فائدة عملية عندما وضعت هذه المبادئ في إطار مؤســسي.

وتركز العديد من الأنظمة القانونية الوطنية، بصورة مماثلة، على اليقين القانوني legal certainty والأمن القانوني legal security. وترجع هذه المبادئ، بجذورها، إلى المفهوم الألماني لدولة القانون Rechtssicherheit[1]. ولعل هذا الجانب الجوهري لمعيارية أو قاعدية

---

=

ومن ثم، فقد طورت الحكومة الهولندية، في ثمانينيات وتسعينيات القرن الماضي، سياسة تستهدف تحسين جودة القوانين Quality of laws. وقد تضمنت هذه السياسة تبني توجيهات للقواعد اللائحية Directives for regulations، لتكون هذه الأخيرة أداة عملية ترشد كل شخص ينخرط في إعداد القواعد.

وذلك بالإضافة إلى معايير ستة ضمنية لتحديد نوعية القواعد، وقد اختُصرت هذه المعايير، في أحد التقارير الرسمية بشأن التشريع، على النحو التالي:

١- مشروعية وإدراك مبادئ القانون the legality and realization of the principles of law.

٢- فعالية مبادئ القانون effectiveness of the principles of law.

٣- اللامركزية وتناسب مبادئ القانون subsidiarity and proportionality of the principles of law.

٤- إمكان تنفيذ القانون والمحافظة عليه the possibility to execute and maintain the law.

٥- تناسق مبادئ القانون coherence of the principles of law.

٦- بساطة ووضوح مبادئ القانون وقابلية هذه المبادئ للوصول إليها simplicity, clarity and accessibility of the principles of law.

(1) This aspect of the rule of law is recognized, mostly as a constitutional standard, in many domestic legal systems. See, for example, for its implementation in the German Constitution Schulze-Fielitz, in: Dreier (ed.), Grundgesetz – Kommentar, Vol. II, Art. 20, paras. 129 et seq.; see further Fallon, Columb. L. Rev. 97 (1997), 1 (14 et seq.) (with references to U.S. constitutional practice); more generally see also Raz, L. Quart. Rev. 93

=

القانون normativity of law هو الذي يسمح للأفراد والكيانات المختلفة بأن تكيف سلوكها مع متطلبات النظام القانوني، وأن تنخرط في إطار علاقات اجتماعية واقتصادية مستقرة. وتشكل هذه المبادئ طموحًا لأغلب الأنظمة القانونية، لاسيما في إطار الظروف الديمقراطية السائدة في ظل الرأسمالية المتقدمة. ولاشك أن القانون الدولي والمؤسسات القانونية للحوكمة العالمية أو الإدارة الرشيدة global governance يمكن توجيههما نحو تعزيز والمساعدة في تحقيق هذا الطموح.

ومع ذلك، فإن الاستقرار والقابلية للتوقع لا يعنيان- ولا ينبغي لهما ذلك- أن النظام القانوني لن يتغير أبدًا، ولا أنهما يقدمان، في ذاتها، ضمانة أعمال a business guarantee لمشروعات الاستثمار[1]. وبالمثل، يندر أن تتحرر الأطر القانونية التنظيمية، بصورة كاملة، من أوجه عدم الاتساق

(1977), 195 (198). On legal certainty as a principle of EU law, see Tridimas, The General Principles of EU Law, 242-251.

(1) See Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 64 ("emphasiz[ing] that Bilateral Investment Treaties are not insurance policies against bad business judgments"); Marvin Roy Feldman Karpa v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 15 December 2002, para. 112 (noting "that not every business problem experienced by a foreign investor is an indirect or creeping expropriation under Article 1110, or a denial of due process or fair and equitable treatment under Article 1110(1)(c)").

inconsistencies[1]. وبالإضافة إلى ذلك، فإن درجة الاستقرار في كل نظام قانوني ستختلف تبعًا للظروف التي تواجهها الدولة وطبيعة هذه الأوجه من عدم الاتساق. وبالمثل، فإن الأزمة الخطيرة أو حتى أحد المواقف الطارئة يمكن أن تدعو إلى- وتبرر- القيام بردود أفعال مختلفة مقارنة بالاستخدام العادي للسلطة العامة[2]. ولذلك يجب تطبيق متطلبات الاستقرار، والقابلية للتوقع، والاتساق- في ضوء ظروف الحالة المطروحة على المحكمة، وكذلك يجب موازنة هذه المتطلبات في مواجهة الاعتبارات المشروعة للسياسة المتبناة.

(1) Cf. Franck, AJIL 99 (2005), 675 (678).

(2) See, for example, the *ELSI* case, op. cit., para. 74 (stating that "[c]learly the right [to control and manage a company] cannot be interpreted as a sort of warranty that the normal exercise of control and management shall never be disturbed. Every system of law must provide, for example, for interferences with the normal exercise of rights during public emergencies and the like.").

## المطلب الثاني

## حماية الثقة والتوقعات المشروعة

## The Protection of Confidence and Legitimate Expectations.

يمكن القول إن مفهوم التوقعات المشروعة– والذي يُطلق عليه، أيضًا، التوقعات الأساسية basic expectations، أو التوقعات المعقولة reasonable expectations، أو التوقعات المسوّغة justifiable expectations– يعد أحد العناصر الأساسية المكونة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة.

وقد أشارت محكمة التحكيم، في قضية Saluka v. Czech Republic إلى مفهوم التوقعات المشروعة "باعتباره العنصر الأهم لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة"[1]. والحقيقة أن مفهوم التوقعات المشروعة يوجد، في أشكال مختلفة، في العديد من الأنظمة القانونية الوطنية[2]، وربما في القانون الدولي

(1) Saluka v. Czech Republic, op. cit., para. 301. See also Snodgrass, ICSID Review – FILJ 21 (2006), 1.

(2) See Dyzenhaus, Law & Contemp. Probs. 68 (2005), 127 (133 et seq.) (with reference to case law in Australia and the United Kingdom); Schulze-Fielitz, in: Dreier (ed.), Grundgesetz – Kommentar, Vol. II, Art. 20, paras. 146 et seq. (concerning German constitutional law); Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law (on English, French and EC/EU law); Dyer, in: Groves (ed.), Law and Government in Australia,

=

العام أيضًا[1]. ويتمثل الهدف الأساسي لهـذا المفهـوم فـي حمايـة الثقـة confidence– التي تولدت نتيجة مسلك حكومي– في مواجهة مسلك إداري أو تشريعي يشكل إحباطًا للتوقعات المشروعة. ولذلك، قضت المحكمة، فـي قضية Tecmed v Mexico، أن المعاملة العادلة والمنصفة:

"تتطلب كفالة معاملة، للاستثمارات الدولية، لا تؤثر على التوقعات الأساسـية التي أخذها المستثمرون الأجانب في اعتبارهم قبل قيامهم باستثماراتهم"[2].

وبالمثل، بنيت المحكمة، في قضية International Thunderbird Gaming v. Mexico، أن:

---

184 et seq. (on Australian law); see also Woehrling, in: Bridge (ed.), Comparative Law Facing the 21st Century, 815 et seq. (summarizing a comparative study by the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol in 1998).

(1) See Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht. See more specifically in the context of the law of expropriation of aliens Dolzer, AJIL 75 (1981), 553 (579 et seq.).

(2) "provid[ing] to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investors to make the investment.", Tecmed v. Mexico, op. cit., para. 154. The Tribunal's approach was also taken up in a number of other cases. See ADF Group Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (NAFTA), Final Award of 9 January 2003, para. 189; MTD v. Chile, op. cit., paras. 114 et seq.; OEPC v. Ecuador op. cit., para. 185; CMS v. Argentina, op. cit., para. 279; Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award of 19 August 2005, paras. 235 and 241.

"مفهوم التوقعات المشروعة يرتبط بالموقف الذي يُولد فيه مسلك أحد الأطراف المتعاقدة (الحكومة أو السلطة العامة ذات الصلة) توقعات معقولة ومسوّغة في جانب أحد المستثمرين (أو مشروعات الاستثمار) للتصرف ثقة في- أو اعتمادًا على- هذا المسلك. ولذلك، فإن فشل إحدى الدول الأطراف في اتفاقية NAFTA في احترام هذه التوقعات يمكن أن يُسفر عن تعرض المستثمر (أو أحد مشروعات الاستثمار للأضرار)"[1].

---

(1)"the concept of 'legitimate expectations' relates ... to a situation where a Contracting Party's conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honor those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.", International Thunderbird Gaming v. Mexico, op. cit., para. 147 (internal citation omitted). On the protection of legitimate expectations as part of fair and equitable treatment, see also Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits of 6 June 2008, paras. 182-185; MCI Power Group LC and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award of 31 July 2007, paras. 279 and 325; Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 7.4.42; Parkerings v. Lithuania, op. cit., paras. 329 et seq.; BG v. Argentina, op. cit., para. 310; Biwater v. Tanzania, op. cit., para. 602; Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of 29 July 2008, para. 609; Duke Energy v. Ecuador, op. cit., para. 347; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile,

=

على أن ثمة قيودًا متنوعة- ترد على مدى وقابلية هذا المبدا للتطبيق- تتطلب مزيدًا من التفصيل. ومن ثم، لا تنشأ مثل هذه التوقعات، عادة، إلا من خلال وعود أو تأكيدات- صريحة أو ضمنية- من جانب الدولة المضيفة (بما يمكن أن يشمل السلطات الإدارية، التصديق ratification، وغيرها من الهياكل المرتبطة بالدولة)[1]. وبالإضافة إلى ذلك، كما أشارت إلى هذا المعنى محكمة التحكيم في قضية Eureko v. Poland، فإن انتهاك التوقعات الأساسية يمكن ألا يشكل انتهاكًا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، إذا كانت ثمة أسباب معقولة تسوغ عدم احترام توقعات المستثمر[2]. وبالمثل، حذرت المحكمة، في قضية Saluka v. Czech Republic، من أخذ فكرة توقعات المستثمر بصورة حرفية مبالغ فيها، "لأن هذا يمكن أن يفرض على الدول المضيفة التزامات غير ملائمة وغير واقعية"[3]. ومن ثم، اعتبرت المحكمة أن

=

ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment of 21 March 2007, para. 69; National Grid plc v. Argentine Republic UNCITRAL, Award of 3 November 2008, paras. 173-175; Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award of 6 November 2008, para. 186; Glamis Gold v. United States, op. cit., para. 766; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award of 27 August 2009, Para. 179. See also Mairal, in: Schill (ed.), International Investment Law and Comparative Public Law, 413.

(1) On the link between legitimate expectations and government conduct see ADF v. United States, op. cit., Para. 189.

(2) See Eureko v. Poland, op. cit., paras. 232 et seq.

(3) "impose upon host states' [sic] obligations which would be inap-

=

مخالفة التوقعات المشروعة لأحد المستثمرين يعد ممكنًا ومشروعًا بقدر مـا تكون هذه المخالفات متناسبة :

"لأن تحديد مخالفة المعاملة العادلة والمنـصفة يتطلـب موازنـة التوقعـات المشروعة والمعقولة للمدعي من ناحية، والمصالح التنظيمية المـشروعة للمـدعي عليه- الدولة المضيفة- من ناحية أخرى"[1].

ويُلاحظ أن محكمة التحكيم قد قدمت، في قضية Tecmed v. Mexico تقريرًا- هو الأبعد مدى حتى الوقت الحاضر- لمفهوم التوقعات المشروعة[2]:

---

propriate and unrealistic.", Saluka v. Czech Republic, op. cit., Para. 304.

(1) Ibid., para. 306.

(2) " ...this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations.

=

"…. إن هذا النص الوارد في الاتفاقية يتطلب من الأطراف المتعاقدة- في ضوء مبدأ حسن النية الراسخ في القانون الدولي- أن تقدم للاستثمارات الدولية معاملة لا تؤثر على التوقعات الأساسية التي أخذها المستثمر الأجنبي في اعتباره حال قيامه باستثماراته. ذلك، أن المستثمر الأجنبي يتوقع من الدولة المضيفة أن تعمل بطريقة متسقة، وخالية من الغموض، ومتسمة بالشفافية بصورة كاملة، في علاقاتها (مع المستثمر الأجنبي)، وذلك حتى يكون بمقدور هذا المستثمر أن يعرف مسبقًا كل القواعد واللوائح التي ستحكم استثماراته، وكذلك أيضًا أهداف السياسات ذات الصلة، والممارسات الإدارية والتوجيهات، حتى يكون قادرًا على تخطيط استثماراته، والامتثال لمثل هذه القواعد واللوائح. وأي من- وكل- أنشطة الدولة التي تتطابق مع مثل هذه المعايير، يجب أن (ترتبط) ليس فقط بالمعايير الإرشادية، والتوجيهات أو المتطلبات الصادرة، أو القرارات المتخذة في ظلها، ولكن أيضًا بأهداف هذه القواعد. ويتوقع المستثمر الأجنبي أيضًا، من الدولة المضيفة، أن تعمل بطريقة متسقة، أي دون أن تعمد، بطريقة تعسفية، إلى إلغاء القرارات الموجودة سلفًا أو التراخيص

---

The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.", Tecmed v. Mexico, Para 154.

التي أصدرتها الدولة- والتي اعتمد عليها المستثمر الأجنبي في (تقديم) التزاماته وكذلك التخطيط والشروع في أنشطة الأعمال والأنشطة التجارية. كما يتوقع المستثمر، أيضًا، من الدولة المضيفة، أن تستخدم الأدوات القانونية التي تحكم أنشطة المستثمر أو الاستثمار على نحو يتطابق مع الوظيفة المحددة، عادة، لمثل هذه الأدوات، وألا تحرم المستثمر من استثماره دون التعويض المطلوب".

وعلى الرغم من العبء الثقيل الذي ألقته المحكمة، في قضية Tecmed v. Mexico، على عاتق الدول المضيفة، فقد وجد هذا الحكم دعمًا في أحكام التحكيم الصادرة لاحقًا[1]. ومع ذلك، يُلاحظ أن محكمة التحكيم، في قضية Saluka v. Czech Republic قد باعدت نفسها عن هذه النظرة الواسعة لمفهوم التوقعات المشروعة[2]:

(1) Excerpts from Tecmed para 154 cited in MTD v. Chile, para 112; Occidental v. Ecuador, para 185; Azurix v. Argentina, para 371; Siemens v. Argentina, para 297; GAMI Investments v. Mexico, para 88; Eureko v. Poland, para 235.

(2) "This Tribunal would observe...that while it subscribes to the general thrust of these and similar statements, it may be that, if their terms were to be taken too literally, they would impose upon host States' obligations which would be inappropriate and unrealistic. Moreover, the scope of the Treaty's protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors' subjective motivations and considerations. Their expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and

=

"تلاحظ المحكمة أنه بينما تقبل التوجه العام لهذه التقريرات وغيرها من التقريرات المشابهة، فإن هذه التقريرات- إذا ما أخذت بصورة حرفية،- يمكن أن تفرض على الدول المضيفة التزامات غير ملائمة وغير واقعية. وفوق ذلك، فإن مدى الحماية الذي تكلفه الاتفاقية للمستثمر الأجنبي في مواجهة المعاملة غير العادلة وغير المنصفة لا يمكن أن يتحدد، كليًا، بواسطة الاعتبارات والدوافع الذاتية للمستثمرين الأجانب. ذلك، أن توقعات المستثمرين الأجانب- حتى تكون جديرة بالحماية- يجب أن ترقى إلى مستوى المشروعية والمعقولية (في ضوء الظروف) [1]".

وحديثًا جدًا، قضت المحكمة، في قضية Parkerings v Lithuania ، أن الظروف السياسية في الدولة المضيفة، قد أثرت على مشروعية توقعات المستثمر:

"ففي عام ١٩٩٨- في وقت الاتفاق- كانت البيئة السياسية في ليتوانيا في مرحلة الانتقال من ماضيها باعتبارها جزءًا من الاتحاد السوفيتي إلى بلد مرشحة لنيل عضوية الاتحاد الأوربي. ولذلك، فإن التغييرات التشريعية- بعيدًا عن كونها غير متوقعة- كان يُنظر إليها باعتبارها محتملة. وكما كان يمكن أن يفعل أي رجل أعمال، فقد كان المدعي على علم، بأن ثمة خطرًا لتغيير القوانين، يمكن أن يتحقق، في

---

reasonableness **in light of the circumstances.**" [emphasis in original]", Saluka v. Czech Republic, para 304.

(١) يلاحظ أن التأكيد على هذه العبارة وارد بالأصل.

أي وقت، بعد إبرام العقد. ولذلك، لا يمكن القول، بــأن أي توقــع بــأن القوانين ستبقى دون تغيير بعد، في مثل هذا الموقف، توقعًا مشروعًا"(١).

وإذا كانت الأحكام السابقة تشير إلى وجود طائفة موسعة من الآراء، فإن ثمة مبادئ معينة يمكن استنباطها، من أحكام محاكم التحكيم، بشأن مفهوم التوقعات المشروعة. وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

**١- يجب أن تضمن الدولة بيئة أعمال مستقلة:**

**The State must ensure a stable business environment**

تواترت الإشارة إلى ضرورة كفالة بيئة أعمال وبيئة قانونية، في العديد من أحكام محاكم التحكيم، باعتبارها عنصرًا أساسيًا في معيار المعاملة العادلة والمنصفة(٢). وعلى الرغم من أن ما يجب على الدولــة فعلــه لتلبيــة هــذا

---

(1) "In 1998, at the time of the Agreement, the political environment in Lithuania was characteristic of a country in transition from its past being part of the Soviet Union to candidate for the European Union membership. Thus, legislative changes, far from being unpredictable, were in fact to be regarded as likely. As any businessman would, the Claimant was aware of the risk that changes of laws would probably occur after the conclusion of the Agreement...Therefore, in such a situation, no expectation that the laws would remain unchanged was legitimate.", Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania (ICSID Case No. ARB/05/8) Award 11 September 2007, paras 335.

(2) Enron v. Argentina, para 260; Occidental v. Ecuador, para 183; CMS v. Argentina, paras 274-276; LG&E Energy Corp., LG&E

=

المتطلب ليس محددًا بصورة كاملة، فيبدو أن واجب الدولة يتضمن، في هـذا الخصوص، المحافظة على إطار شفاف ومتوقع لتمكين المستثمرين للتخطيط لأعمالهم واستثماراتهم(١). وفي هذا السياق، قُضى "بـأن المعاملـة العادلـة والمنصفة لا تنفصم عن الاستقرار والقابلية للتوقع"(٢). ومع ذلك، فقد قُضى، أيضًا، بأنه ليس للمستثمر أن يتوقع، بصورة معقولة، بقاء الظروف الـسائدة، وقت القيام بالاستثمارات، دون تغيير بصورة مطلقة(٣).

**٢- أهمية التأكيدات- أو عدمها- المقدمة من الدولة المضيفة للمستثمر:**

Representations, or lack thereof, by the host State to the investor are material

من العناصر التي تكتسب أهمية في هذا الـسياق تحديـد مـا إذا كـان المعاملة- المشكو منها- تمثل انتهاكًا للتأكيدات التي قدمتها الدولة المـضيفة

---

Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1), Decision on Liability 3 October 2006, paras. 124, 125, PSEG Global v. Turkey, para 253, Saluka v. Czech Republic, para 303.

(1) Metalclad Corporation v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1) (NAFTA) Award 30 October 2000, para 99. Also Tecmed v. Mexico, para 154; cited in MTD v. Chile, para 112; Occidental v. Ecuador, para 185; Siemens v. Argentina, Award, para 297, GAMI Investments v. Mexico, para 88.

(2) "fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability", CMS v Argentina, para 276.

(3) Saluka v. Czech Republic, para 305; cited in PSEG Global v. Turkey, para 255.

للمستثمر، لاسيما إذا كان المستثمر قد اعتمد، بصورة معقولة، على هذه التأكيدات[1]. وفي المقابل، فإن عدم وجود هذه التأكيدات من جانب الدولة المضيفة يمكن أن يشير إلى أن هذا المعيار- التوقعات المشروعة- لم يتم انتهاكه[2].

### ٣- عدم وجوب استعادة المستثمر للخسارة الناشئة عن مسلكه الخاص:

### The investor should not recover for loss attributable to its own conduct

يذهب أغلب الفقه إلى أن "اتفاقيات الاستثمار الثنائية لا تشكل سياسات تأمينية في مواجهة التقديرات الخاطئة المتعلقة بأنشطة الأعمال"[3]. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن المستثمر يعد مسئولاً عن تلبية متطلبات قانون الدولة المضيفة. ومن ثم، فإن جهل المستثمر بقانون الدولة المضيفة، لا يعد عذرًا مقبولاً من جانبه[4]. وعندما يكون مسلك المستثمر قد أسهم في إحداث الضرر

---

(1) Waste Management No. 2 v. Mexico, para 98, see McLachlan, Shore, Weiniger, para 7.108 p237.

(2) International Thunderbird Gaming v. Mexico, UNCITRAL (NAFTA), Final Award 26 January 2006, paras 163-166, see McLachlan, Shore, Weiniger, para 7.111 p238.

(3) "bilateral investment treaties are not insurance policies against bad business judgments.", Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7 (Argentina/Spain BIT) Award 13 November 2000, para 64, McLachlan, Shore, Weiniger, para 7.140 p246.

(4) Maffezini v. Spain, para 70, McLachlan, Shore, Weiniger, para 7.140 p246.

أو الخسارة، فقد ذهبت بعض المحاكم إلى أن معيار التوقعات المشروعة لا يكون قد انتهك في هذه الحالة[1]. بينما ذهبت محاكم أخرى إلى أن المعيار يكون قد انتهك، ولكنها خفضت مقدار التعويض الواجب دفعه من جانب الدولة[2].

**٤- الدولة ليست مؤمنًا للمستثمر:**

**A State is not the investor's insurer**

إن التزام الدولة المضيفة باحترام معيار المعاملة العادلة والمنصفة لا يعني ضمانًا بألا يَلحق المستثمر أي ضرر. ذلك، أن هذا المعيار لا يَفرض مسئولية مطلقة strict liability على عاتق الدولة المضيفة، أي أن هذا المعيار لا يَعني توقع قبول المسئولية عن كل الأضرار التي تلحق المستثمر[3].

**٥- يجب أن يقبل المستثمر أوضاع الدولة المضيفة كما هي:**

**The investor must take the host State as it finds it**

قضت محكمة العدل الدولية الدائمة The Permanent Court of International Justice، منذ سنوات عدة، أنه يجب على المستثمر أن يقبل

---

(1) E.g. International Thunderbird Gaming v. Mexico.

(2) E.g. MTD v Chile.

(3) AAPL v Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 para 546, cited in Wena Hotels Ltd v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (United Kingdom/Egypt BIT), Final Award 8 December 2000, para 84.

أوضاع وظروف الدولة المضيفة على النحو الذي يجدها عليه[١]. وقد لقي هذا الحكم- منذ ذلك الحين- دعمًا من جانب عدد من محاكم التحكيم. حيث قضت هذه المحكمة بأنه لا يجوز للمستثمر أن يشكو، لاحقًا، حال فشل استثماراته، بسبب القوانين أو الممارسات التي كانت سارية وقت القيام بهذه الاستثمارات، والتي كانت- أو كان يجب أن تكون- معلومة له قبل القيام بهذه الاستثمارات[٢].

**٦- ضرورة موازنة التوقعات المشروعة في مواجهة حق الدولة في التنظيم:**

**Legitimate expectations to be balanced against host States' right to regulate**

لا يجوز تحديد- مدى معيار المعاملة العادلة والمنصفة- بصورة حصرية أو استئثارية- بواسطة الاعتبارات أو الدوافع الذاتية للمستثمر الأجنبي. ولذلك، يجب أن تكون توقعات المستثمر الأجنبي- حتى يكون بالإمكان حمايتها- مشروعة legitimate ومعقولة reasonable في ضوء الظروف[٣]. وفي هذا السياق، يجب أن يُؤخذ الحق المشروع للدولة المضيفة في التنظيم اللاحق للمسائل الوطنية- في سبيل تحقيق المصلحة العامة- في

---

(1) The Oscar Chinn Case (1934) PCIJ Rep Series A/B No 63.

(2) MTD v Chile, para 205 and GAMI Investments v. Mexico, para 91. See also McLachlan, Shore, Weiniger, para 7.105- 7.107 p237.

(3) Saluka v. Czech Republic, para 304.

الاعتبار أيضًا[١]. ذلك، أن القانون الدولي يُبدي درجة كبيرة من الإذعـــان أو يُفسح مجالاً واسعًا لمباشرة الدول لحقها في تنظيم المسائل التي تقـــع داخـــل حدودها[٢]. ومعنى ذلك، أن تحديد ما إذا كان يوجد ثمة انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة يتوقف على موازنـــة التوقعـــات المـــشروعة والمعقولـــة للمستثمرين من ناحية، والمصالح التنظيمية المشروعة للدولـــة مـــن ناحيـــة أخرى[٣].

واستنادًا إلى هذه الخلفية، يبدو واضحًا أن مفهوم التوقعات المـــشروعة يحتاج إلى تحليل دقيق للقانون المقارن ومنهجية تطبيق بالغة التطور.

## المطلب الثالث

## الإجراءات الإدارية السليمة قانونًا وإنكار العدالة

## Administrative Due Process and Denial of Justice

يتضمن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة- كما يعترف بذلك القانون الدولي العرفي منذ زمن طويل، وكما تقرر ذلك العديد من محاكم التحكيم التي تطبق اتفاقيات الاستثمار عناصر إجرائية، لاسيما الإجراءات السليمة قانونًا الإدارية

(1) Saluka v. Czech Republic, para 305.

(2) S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL (NAFTA), First Partial Award 13 November 2000, para 261; cited in GAMI Investments v Mexico, para 93. S.D. Myers v. Canada, para 263, cited in Waste Management No. 2 v. Mexico, para 94 and International Thunderbird Gaming v. Mexico, para 194.

(3) Saluka v. Czech Republic, para 306.

والقضائية[١]. ولذلك، يمكن القول ان المعاملة العادلة والمنصفة ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالإدارة الجيدة للعدالة الجنائية والمدنية[٢]. من ذلك، على سبيل المثـال، أن المحكمة عرفت المعاملـة العادلـة والمنـصفة، فـي قـضية Waste Management v. Mexico، باعتبارها:

"تتضمن نقص الإجراءات السليمة قانونًا على نحو يؤدي إلى نتيجة تمس (النزاهة) القضائية– كما يمكن أن يكون الحال مع الفشل الواضح للعدالة الطبيعية

---

(1) The national legislator, so far, has not been subjected to any due process notions in investment arbitration. This could, however, be conceivable in the context of legislative expropriations since most BITs explicitly require host states to grant affected investors due process. See Dolzer/Stevens, Bilateral Investment Treaties, 106 et seq.

(2) Comprehensively on the closely related concept of denial of justice in international law see Paulsson, Denial of Justice in International Law. Recently, both an explicit reference to due process and the concept of denial of justice as part of fair and equitable treatment have been included in the treaty practice of the United States. See, for example, Article 10.5(2)(a) of he Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement, signed 5 August 2004, for instance, stipulates that "fair and equitable treatment includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world.", available at: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republiccentral-america-fta> (last visited on 20 December 2010).

في الإجراءات القضائية، أو الانعدام الكامل للشفافية، والعدالة، والصراحة في الإجراءات الإدارية"[1].

وبالمثل، قضت المحكمة، في قضية S.D. Myers v. Canada ، أن المعاملة العادلة والمنصفة تتضمن، من بين عناصر أخرى :

"متطلبات القانون الدولي للعدالة الإجرائية (الإجراءات السليمة قانونًا)" [2].

ولذلك، قررت المحكمة، في قضية International Thunderbird Gaming v. Mexico، أن الإجراءات التي تتخذها إحدى الوكالات الحكومية- أي سلطة إدارية- :

"يجب اختبارها في ضوء معايير الإجراءات السليمة قانونًا والعدالة الإجرائية المطبقة على الموظفين الإداريين"[3].

ويُلاحظ أن المسائل التي ترتبط ارتباطًا وثيقًا بالإجراءات السليمة قانونًا تجد انعكاسًا لها، أيضًا، في القضاء الذي يربط المعاملة العادلة والمنصفة بحظر التعسف والتمييز. من ذلك، على سبيل المثال، أن المحكمة قررت، في

---

(1) Waste Management v. Mexico, op. cit., Para. 98.

(2) S.D. Myers v. Canada, op. cit., Para. 134.

(3) International Thunderbird Gaming v. Mexico, op. cit., Para. 200. See also Rumeli v. Kazakhstan, op. cit., paras. 609 and 617; Jan de Nul v. Egypt, op. cit., Para. 187; Glamis Gold v. United States, op. cit., Para. 616; Bayindir v. Pakistan, op. cit., paras. 178 and 344.

:Loewen v. United States قضية

"أن القرار الذي يتضمن مخالفة للقانون المحلي وينطوي على تمييز في مواجهة المتقاضي الأجنبي، يشكل انتهاكًا للمعاملة العادلة والمنصفة"(١).

وبالمثل، خلصت المحكمة، في قضية Waste Management v. Mexico، إلى أن:

"المعاملة العادلة والمنصفة تُنتهك بالمسلك، المنسوب إلى الدولة، الذي يُلحق ضررًا بالمدعي، إذا كان هذا المسلك متعسفًا، وغير عادل بصورة كبيرة، وغير مسوغ، وشاذ، وتمييزي، ويُعرض المدعي لتحامل طائفي أو عرقي"(٢).

---

(1) Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 (NAFTA), Award of 26 June 2003, Para. 135. Cf. also S.D. Myers v. Canada, op. cit., Para. 266.

(2) "fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the state and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice", Waste Management v. Mexico, op. cit., Para. 98; similarly Eureko v. Poland, op. cit., Para. 233 (finding that the state "acted not for cause but for purely arbitrary reasons linked to the interplay of Polish politics and nationalistic reasons of a discriminatory character" and therefore breached fair and equitable treatment). See also Parkerings v. Lithuania, op. cit., paras. 287- 288; Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2,

=

ومع ذلك، فإن ما لم يتم تحديده بعد، بصورة كاملة، هو كيف تختلط متطلبات الإجراءات السليمة قانونًا due process أحد معايير القانون الدولي مع القانون الوطني الحاكم. ولذلك، ركزت المحكمة، في قضية Metalclad V. Mexico على سبيل المثال، على ما بدا ظاهرًا من تطبيق خاطئ لقانون البناء من جانب أحد الوحدات المحلية، باعتبار ذلك يشكل عنصرًا في انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة(1). وبالمثل، أشارت المحكمة، في قضية Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada ، إلى عدم اختصاص إحدى الوكالات- إحدى السلطات الإدارية- في ظل القانون الوطني باتخاذ إجراءات إدارية معينة في مواجهة أحد المستثمرين الأجانب. ومن ثم، بدلاً من "الاعتماد على تأكيدات واضحة للسلطة والتأكيد بأن تخصيص الاستثمار يمكن إلغاؤه أو تخفيضه أو تعليقه بسبب الفشل في قبول التحقيق"، فضلت المحكمة القول"

"قبل إكراه الاستثمار على الامتثال، كان يجب على الوكالة الإدارية الكندية ذات الصلة SLD إزالة أي شكوك بشأن المسألة، كما كان يجب عليها أيضًا إسداء

---

Award of 8 May 2008, paras. 670-673; Biwater v. Tanzania, op. cit., para. 602; Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008, Para. 261; Rumeli v. Kazakhstan, op. cit., Para. 609; Glamis Gold v. United States, op. cit., Para. 616; Bayindir v. Pakistan, op. cit., para. 178.

(1) Metalclad v. Mexico, op. cit., Para. 93.

النصح إلى هذا الاستثمار بشأن الأساس القانوني لأنشطته"[1].

وفي ذات الاتجاه، استنبطت المحكمة، من معيار المعملة العادلة والمنصفة، التزامًا ليس فقط بالتمسك بنصوص القانون الوطني السارية، ولكن أيضًا بإنفاذها[2]. ولذلك، شددت المحكمة، في قضية Tecmed v. Mexico، على أن الدول المضيفة يجب عليها:

"استخدام الأدوات القانونية التي تحكم أنشطة المستثمر أو الاستثمار على النحو الذي يتفق مع الوظيفة المحددة، عادة، لهذه الأدوات"[3].

وعلى النقيض من ذلك، أشير إلى اتفاق أحد الإجراءات الإدارية- المتخذة- من جانب الدولة- مع القواعد القانونية الوطنية ذات الصلة، في بعض الحالات، باعتبار ذلك كاشفًا عن عدم وجود انتهاك لمعيار المعاملة

(1) "before seeking to bludgeon the Investment into compliance, the SLD [i.e., the Canadian administrative agency involved] should have resolved any doubts on the issue and should have advised the Investment of the legal basis for its actions. ", Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL/NAFTA, Award on the Merits of Phase 2 of 10 April 2001, paras. 174 et seq.

(2) GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL/NAFTA, Final Award of 15 November 2004, Para. 91.

(3) "the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments.", Tecmed v. Mexico, op. cit., Para. 154.

العادلة والمنصفة. ولذلك، لاحظت المحكمة، في قضية Noble Ventures v. Romania، أن بعض إجراءات الإفلاس "اتُخذت وفقًا للقانون، وليس على نحو مخالف له"[1]، واستنادًا إلى ذلك، خلصت المحكمة إلى عدم وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة. وفي ذات الاتجاه، أكدت المحكمة، في قضية Lauder v. Czech Republic، أن انتهاك معيار المعاملة العادلة، والمنصفة يكون مستبعدًا عادة، "في حالة قيام هيئة تنظيمية باتخاذ الأنشطة الضرورية لإنفاذ القانون"[2]. وتصطف هذه الطائفة من القضايا، بصورة واضحة، مع المتطلب الديمقراطي في أن تستمد السلطة العامة (سلطتها) من أساس قانوني، ووجوب ممارسة هذه السلطة وفقًا للقواعد الإجرائية والموضوعية المحددة سلفًا. وبهذه المثابة، يمكن القول إن انتهاك القانون الوطني يمكن أن يترجم- ولكن ليس في حاجة إلى- انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، غير أن معيار القانون الدولي للمعاملة العادلة والمنصفة ليس مجرد مرآه لما ينص عليه القانون الوطني.

وتعكس أحكام محاكم التحكيم اهتمامًا بالغًا بمعاملة المستثمرين في سياق إجراءات إصدار القرارات الإدارية. حيث تراقب هذه المحاكم ما إذا كانت إجراءات إصدار القرارات الإدارية، في ذاتها، عادلة ومنصفة. ويمكن من خلال تحليل هذه الأحكام- استنباط بعض المبادئ المهمة في هذا الخصوص.

---

(1) Noble Ventures v. Romania, op. cit., Para. 178.

(2) "regulatory body taking the necessary actions to enforce the law.", Lauder v. Czech Republic, op. cit., Para. 297.

ويُلاحظ أن بعض المحاكم قد حاولت الفصل في القضايا المتعلقة بمـدى احترام الضمانات الإجرائية في إصدار القرارات الإدارية من خلال الإشـارة إلى مفهوم التوقعات المشروعة. حيث (تواترت) هذه المحاكم على القضاء بأن المستثمر يحمل توقعًا مشروعًا بأن تتم معاملته في ظل احتـرام الـضمانات الإجرائية أو وفقًا للإجراءات السليمة قانونًا an investor has a legitimate expectation to be treated with due process[1]. ومع ذلك، فقد وجه بعض المعلقين النقد إلى هذه المقاربة[2]. ذلك، أن تحديد ما إذا كانت إجراءات اتخاذ القرارات، من جانب الدولة المضيفة، عادلة ومنـصفة، يعـد مـسألة خاضعة للقانون الدولي تُحسم على استقلال. أي أنه لا يفيد شيئًا، فـي هـذا الخصوص، الإشارة إلى توقعات المستثمر[3].

ويمكن القول إن المبادئ- المستنبطة من أحكام محاكم التحكـيم- التـي تتعلق بمعاملة المستثمرين في إطار إجراءات اتخاذ القرارات الإدارية تتضمن ما يلي:

**١- عدم تطلب السلوك المفرط أو سوء النية:**

**Outrageous behaviour and bad faith is not required**

---

(1) E.g. Saluka v. Czech Republic, Para 303: "The expectations of foreign investors certainly include the observation by the host State of such well-established standards as good faith, due process, and nondiscrimination:"

(2) McLachlan, Shore, Weiniger, Para 7.99 p234.

(3) Ibid.

إن ما يعد غير عادل unfair أو غير منصف inequitable لا يحتـاج لمعادلته أو لاقترانه بالمسلك الشائن أو الفاضح. وبصفة خاصة، قضت بعض المحاكم بأن الدولة يمكن أن تعامل المستثمر الأجنبي بطريقة غيـر عادلـة أو غير منصفة، دون أن تتصرف، بالضرورة، بسوء نية[1]. ذلك، أن سوء النيـة يمكن أن يزيد من جسامة الموقف– أو يعد شرطًا مشددًا– ولكنه لا يعد من قبيل العناصر الضرورية لهذا المعيار[2]. ومع ذلك، فإن وجود سوء النية يمكن أن يقود إلى احتمال مؤداه أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة قد تم انتهاكه.

## ٢– عدم أهمية معاملة الدولة لمواطنيها بذات الطريقة:

## It is irrelevant that the State might treat its own nationals in the same manner

يمكن أن تشكل معاملة الحكومة للمستثمر الأجنبي انتهاكًا لمعيار المعاملة

---

(1) Mondev v. United States, Para 116; cited in ADF Group Inc. v. United States of America (ICSID Case No. ARB (AF)/00/1) (NAFTA) Award 9 January 2003, Para 180; Tecmed v. Mexico Para 153; Waste Management No. 2 v. Mexico, Para 93; Azurix v. Argentina, Para 368; Siemens v. Argentina, Para 297; Eureko v. Poland, Para 234; Occidental v. Ecuador, Para 186; Enron v. Argentina, Para 263; CMS v. Argentina, para 280; LG&E v. Argentina Para 129. Also see Loewen v. United States, Para 132; cited in Waste Management No. 2 v. Mexico, Para 97, Azurix v. Argentina, Para 369. c.f. Genin v. Estonia, Para 367.

(2) CMS v Argentina Para 280; cited in Vivendi v Argentina, para 7.4.12; Siemens v. Argentina, para 297; Azurix v. Argentina, Para 372.

العادلة والمنصفة، حتى ولو كانت تعامل مواطنيها بطريقة مماثلة[1]. وعندما تكون المعاملة التي تمنحها الدولة لمواطنيها، في ظل القانون الوطني، أدنى من معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فإنه يكون من حق غير المواطنين تلقي معاملة أفضل من تلك الممنوحة للمواطنين[2].

**٣- عدم إمكان تجنب المسئولية بسبب صعوبة الوفاء بالالتزام:**

**Liability cannot be avoided because compliance is difficult**

إذا ما التزمت الدولة، قانونًا، بمعاملة المستثمر بطريقة معينة، فإنه لا يكون بمقدورها الإفلات من الوفاء بهذه الالتزامات، فقط لمجرد أن الوفاء بها صعب أو مكلف[3]. ومن ثم، فإن عدم وجود إدارة قادرة أو عدم وجود ثقافة a deficient culture of compliance لا يمثل دفاعًا كافيًا في هذا الخصوص[4]. وإذا ما قطعت الدولة على نفسها التزامات تعاقدية contractual obligations، فإنها لا تستطيع أن تتعلل، لاحقًا، بأن هياكلها لا تسمح لها بالوفاء بهذه الالتزامات. لأن هذا المسلك، من جانب الدولة، يتناقض مع مبدأ حسن النية الذي يمثل أساسًا يستند عليه معيار المعاملة

(1) CME v Czech Para 611; SD Myers v. Canada, Para 259; Petrobart v. Kyrgyz Republic, Para 26.
(2) ADF Group v. United States, Para 178.
(3) GAMI Investments, Inc v.United Mexican States, Final Award, 15 November 2004, Para 94.
(4) Ibid.

العادلة والمنصفة[١].

٤- فشل الدولة في الامتثال لقانونها لا يعد، بالضرورة، مخالفة:

**A State's failure to comply with its own law is not necessarily a breach**

لا يشكل فشل الدولة في الامتثال لقانونها الوطني، في ذاته، انتهاكًا لإحدى اتفاقيات الاستثمار الدولي. ولكن يُتطلب، بالأحرى، شيء أكثر من مجرد عدم المشروعية أو عدم الاختصاص lack of authority[٢]. ومن ثم، فإن مجرد الفشل في تحقيق أهداف اللوائح الإدارية لا يمثل، في ذاته، بالضرورة انتهاكًا للقانون الدولي. وبالمثل، لا يعد الفشل في الوفاء بمتطلبات القانون الوطني، بالضرورة، انتهاكًا للقانون الدولي. على أن الجهد الذي تبذله الدولة لإثبات حسن نيتها في سعيها لتحقيق أهداف قوانينها يمكن أن يقابل مؤشرات عدم احترام المتطلبات القانونية واللائحية. ومعنى ذلك، أن الأمر يتعلق بسجل الدولة بأكمله- وليس بمجرد بعض الحوادث المعزولة- لإثبات ما إذا كان هناك ثمة انتهاك للقانون الدولي[٣].

(1) Siemens v. Argentina, Para 308.

(2) ADF Group v. United States, Para 190, GAMI Investments v. Mexico, Para 98.

(3) GAMI Investments v. Mexico, Para 97.

٥- إمكان الاستناد إلى استخدام الدولة لسلطاتها لتحقيق غرض غير صحيح للقول بوجود مخالفة:

**Using powers for an improper purpose may indicate a breach**

إذا ما استخدمت الدولة سلطاتها لتحقيق غرض غير الأغراض المقصودة من منح هذه السلطات، فإن هذا يمكن أن يكشف عن وجود مخالفة للمعيار(١). من ذلك، على سبيل المثال أن المحكمة وجدت، في قضية Tecmed v. Mexico، أن رفض الوكالة البيئية المكسيكية تجديد ترخيص لمعالجة المخلفات الخطرة كان استجابة لبعض المشكلات السياسية النابعة من المعارضة العامة لمدفن للنفايات landfill أكثر منه ردًا على مخالفة المستثمر للوائح والاشتراطات البيئية(٢).

٦- القهر أو العرقلة يمكن أن تشكل مخالفة:

**Coercion or harassment may indicate a breach**

يتطلب معيار المعاملة العادلة والمنصفة من الدولة المضيفة وجوب احترام المبادئ الإجرائية السليمة procedural propriety واستخدام الوسائل السليمة قانونًا due process. كما يُوجب هذا المعيار على الدولة المضيفة أن تضمن تحرر المستثمر من الخضوع لأي قهر أو عرقلة من

(1) McLachlan, Shore, Weiniger, Para 7.124 p242.
(2) Tecmed v. Mexico, Para 164, 166.

جانب أجهزتها وسلطاتها التنظيمية[1]. ومع ذلك، يوجد ثمة خطر لأن تقـوم محاكم التحكيم بتفسير مجرد الإجراءات البيروقراطية غير الرسمية، باعتباره حملة للتحرش[2].

**٧- إمكان اعتبار عدم اتساق مسلك الدولة المضيفة مؤشرًا علـى وجـود مخالفة:**

**Inconsistency of the host State may indicate a breach**

يمكن أن يشكل المسلك غير المتسق Inconsistent conduct، مـن جانب الدولة المضيفة، انتهاكًا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة. مـن ذلـك، على سبيل المثال، ما قضت به إحدى محاكم التحكيم من وجود انتهاك لهـذا المعيار من جانب دولة شيلي. لأن إحدى الوكالات الحكومية شجعت ووافقت على مشروع تقدم به المستثمر لبناء مدينة جديدة، بينما أنكرت وكالة أخـرى تراخيص التخطيط العمراني المطلوبة zoning permits.

**٨- إمكان اعتبار انعدام الشفافية مؤشرًا على وجود مخالفة:**

**A lack of transparency may indicate a breach**

لقد كانت اعتبارات الشفافية من بين أولى المسائل التي اعتبرتها محـاكم التحكيم مرتبطة بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة. مـن ذلـك، أن محكمـة التحكيم قضت في قضية Metaclad v. Mexico أن:

---

(1) Saluka v. Czech Republic, Para 308.
(2) McLachlan, Shore, Weiniger, Para 7.127 p243.

"المحكمة تفهم (مبدأ الشفافية) على أنه يتـضمن فكـرة أن تكـون كـل المتطلبات القانونية ذات الصلة- اللازمة لغرض بدء، وإكمال، وتـشغيل الاستثمارات بصورة ناجحة- قابلة للعلم بها من جانب كل المـستثمرين الذين يتأثرون بها ...." [1].

وقد التقطت محكمة التحكيم، في قضية Tecmed V. Mexico[2]، ذات

---

(1) "The Tribunal understands [the principle of transparency] to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments...should be capable of being readily known to all affected investors...",Metalclad v. Mexico, Para 176. This part of the tribunal's reasoning was annulled by the Supreme Court of British Columbia on the ground that the reference to a principle of transparency contained in another part of the treaty was outside the scope of a NAFTA Chapter 11 tribunal (see 5 ICSID Rep 236, 253-254). However, commentators have said that the Supreme Court's decision may go too far as it is not in keeping with the Vienna Convention on the Law of Treaties, which requires regard to be had to the whole of the treaty text, nor NAFTA Article 1131, which directs a Chapter 11 tribunal to decide a dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law (McLachlan, Shore, Weiniger, footnote 198, p241).

(2) "The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its in-

=

الموضوع، وزادته عمقًا، عندما قالت:

"يتوقع المستثمر الأجنبي، من الدولة المضيفة، أن تعمل بطريقة متسقة، خالية من الغموض، وشفافة بصورة كاملة في علاقاتها مع المستثمر الأجنبي. ولذلك، يجب أن يكون المستثمر الأجنبي على علم مسبق بكل القواعد واللوائح التي ستحكم استثماراته، وكذلك أهداف السياسات ذات الصلة، والممارسات الإدارية أو التوجيهات، حتى يكون قادرًا على تخطيط استثماراته، والامتثال لمثل هذه القواعد".

وعلى النقيض من ذلك، قضت المحكمة، في قضية Parkerings v Lithuania[1]، بأن:

"...إن البيئة السياسية كانت في حالة تغير وقت إجراء المفاوضات بشأن الاتفاقية، وكان يجب على المدعي أن يعلم أن الإطار القانوني كان

---

vestment and comply with such regulations." , Tecmed v. Mexico, Para 154.

(1) "...the political environment was changing at the time of the negotiation of the Agreement and the Claimant should have known that the legal framework was unpredictable and could evolve.... the Claimant failed to demonstrate that any investor or at least a qualified law firm was unable to get the information about the amendment process...The acts and omissions of the Municipality of Vilnius, in particular any failure to advise or warn the claimant of likely or possible changes to Lithuanian law, may be breaches of the Agreement but that does not mean they are inconsistent with the Treaty.", Parkerings v. Lithuania, paras 342, 345.

غير قابل للتوقع، وأنه يمكن أن يتطور. وقد فشل المستثمر في إثبات أنه لم يكن بمقدور أي مستثمر – أو على الأقل شركة قانونية مؤهلة – أن يحصل على معلومات بشأن عملية التعديل. ومن ثم، فإن أعمال أو امتناع بلدية Vilnius – وبصفة خاصة أي فشل في إسداء النصح أو تحذير المدعى بشأن أي تغيرات محتملة أو ممكنة في القانون الليتواني، يمكن أن تشكل مخالفات للاتفاق، ولكن هذا لا يعني أن هذه الأعمال غير متسقة مع المعاهدة".

ولذلك، يمكن القول إن مدى الشفافية كمبدأ مستقل قائم بذاته، لا يزال غير واضح. ولعل نظر المحكمة، في قضية Parkerings v Lithuania للظروف السائدة، في الدولة المضيفة، يكشف عن عدم وجود معيار واحد يناسب كل الحالات "one size fits all" يمكن تطبيقه في هذه الحالة.

## ٩ – إمكان اعتبار التمييز، في بعض الحالات، مخالفة:

## Discrimination may sometimes be a breach

لا يعد التمييز بين المواطنين والمستثمرين الأجانب، بالضرورة، انتهاكًا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، وذلك ما لم تنص الاتفاقية، صراحة، على حظر الإجراءات التمييزية(١). من ذلك، ما خلصت إليه المحكمة في قضية Saluka v Czech Republic، من أن الدولة قد فشلت في أن تعامل أحد البنوك المملوكة للمستثمر وبنك مملوك للدولة بطريقة عادلة أو غير متحيزة

(1) Although it will very likely breach the national treatment standard in the treaty if that standard is included.

an even-handed way، لأنها قدمت للبنك الأخير معاملة تفضيلية[١]. ففي هذه القضية، كان نص اتفاقية الاستثمار الثنائية- يشير، صراحة، إلى حظر الإجراءات التمييزية.

وفي ذات الاتجاه، قضت المحكمة، في قضية Methanex V. United States أنه لا توجد إشارة إلى التمييز في البند الخاص بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة – الوارد في اتفاقية NAFTA- ولذلك، يقع على المستثمر عبء إثبات وجود قاعدة، في القانون الدولي العرفي، تحظر التمييز من ذلك النوع محل الشكوى[٢].

**- معيار المعاملة العادلة والمنصفة في محاكم الدولة المضيفة:**

**Fair and Equitable Treatment in a Host State's Courts**

عندما تكون معاملة المستثمر بواسطة محاكم الدولة المضيفة على المحك، فإن عدم العدالة الظاهرة manifest injustice، ستكون كافية لتشكل انتهاكًا لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة[٣]. وتوصف عدم العدالة الظاهرة بأنها عدم مراعاة الوسائل السليمة قانونًا lack of due process، مما يُسفر

---

(1) Saluka v. Czech Republic, paras 408, 416.

(2) Methanex v. United States, Part IV Chapter C paras 14 –19.

(3) Loewen v. United States, Para 132; cited in Waste Management No. 2 v. Mexico, para 97 and Methanex v. United States, Part IV Chapter C Para 11.

عن نتيجة تشكل مساسًا بالنزاهة القضائية[1]، مع الأخـذ فـي الاعتبـار أن المحاكم الدولية ليست محاكم استئناف courts of appeal من ناحيـة، وأن اتفاقيات حماية الاستثمارات يُقصد بها كفالة حماية حقيقية للمستثمر[2].

ولذلك، فإنه ليس بمقدور المستثمر أن يلجأ إلى إجراءات التحكيم لإنكار العدالة، سعيًا لإعمال الرقابة الدولية على قرارات المحاكم الوطنية، كما لـو كانت محاكم التحكيم هيئة استئنافية an appellate body [3].

ومن المسلم به أن متطلب الضمانات الإجرائية أعلى بالنـسبة للأحكـام القضائية مقارنة بالقرارات الإدارية[4]. ولذلك، قد يُنتهى إلى وجـود إنكـار للعدالة إذا رفضت المحاكم قبول دعوى، أو إذا أخضعت الدعوى لتأخير غير مسوغ، أو إذا أدارت العدالة بطريقة غير ملائمة بـصورة خطيـرة، أو إذا طبقت القانون تطبيقًا خاطئًا عن عمد بصورة واضحة[5]. ومع ذلك، فإن مـا يهم هو (نظام العدالة، وليس أي قرار فردي في إطار الإجراءات، فيجـب أن يكون النظام قد جرب وأن يكون قد فشل. وهذا يعني أنه عندما يكون مـسلك

---

(1) Ibid.

(2) Mondev v. United States, Para 127; cited in Waste Management No. 2 v. Mexico, Para 95.

(3) Azinian, Davitian & Baca v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2) (NAFTA) Award 1 November 1999, Para 99; cited in Mondev v. United States, Para 126.

(4) International Thunderbird Gaming v. Mexico, Final award, Para 200.

(5) Mondev v. United States, Para 126.

نظام المحكمة على المحك، فإن مفهوم استنفاد وسائل الإنصاف الوطنية يصبح متطلبًا موضوعيًا، وليس فقط متطلبًا مسبقًا إجرائيًا لمباشرة الدعوى الدورية[1].

## المطلب الرابع
## الشفافية
## Transparency

يُلاحظ أن القانون الدولي العرفي التقليدي بشأن معاملة الأجانب والاستثمارات الأجنبية مازال قاصرًا عن بلوغ التطور المأمول فيما يتعلق بشفافية المعلومات الحكومية وإجراءات اتخاذ القرارات. على أن صياغة وتطبيق المعايير القانونية الدولية بشأن الشفافية الحكومية الوطنية، كانت- في إطار القانون الدولي بصور أكثر اتساعًا- مُوجهًا مهمًا للتطور القانوني. ومع ذلك، تبقى هذه المسألة تشكل تحديًا للممارسة القانونية الوطنية، سواء على مستوى قضاء منظمة التجارة العالمية أم على مستوى القضاء الدولي لحقوق الإنسان.

وتناضل العديد من الدول- لاسيما الدول النامية من أجل الوفاء بالتزامها الحالي في هذا السياق. وقد تبنت بعض الدول تشريعات في محاولة من جانبها لتسريع كل من تغيير الثقافة البيروقراطية والممارسة العملية لجعل المعلومات متاحة. وفوق ذلك، فإن تحديد القيود الصحيحة على متطلبات الشفافية- مثل حماية المصالح في الخصوصية، والسرية التجارية، والأمن

---

(1) Waste Management No. 2 v. Mexico, Para 97.

الوطني– يبدو أمرًا معقدًا.

وهكذا، يبدو أن مهمة محاكم الاستثمار في سعيها لتحقيق هذه الطائفة من الأهداف– من خلال معيار المعاملة العادلة والمنصفة (غير المحدد بدقة)– غير سهلة. ومع ذلك، فقد نجحت بعض محاكم الاستثمار في القيام بهذه المهمة. ولذلك، وجدت المحكمة، في قضية Metalchad v. Mexico، أن المكسيك قد انتهكت المادة (١١٠٥) من اتفاقية NAFTA، لأن "المكسيك قد فشلت في تأمين إطار يتسم بالشفافية والقابلية للتوقع لتخطيط أعمال واستثمارات شركة Metalclad"[1].

غير أن الإشارة إلى متطلب الشفافية في هذا الحكم قد نُحيت جانبًا، من جانب المحكمة العليا لكولومبيا البريطانية، حال ممارستها لاختصاصها القضائي في ظل قانون التحكيم الدولي لكولومبيا البريطانية British Columbia International Arbitration Act[2]. وإذا كان هذا الحكم يثير الخلاف بشأن بعض جوانبه، فإنه يبدو، بالفعل، مسوغًا في إثارته للشكوك بخصوص بعض التقريرات statements التي انتهت إليها محكمة التحكيم ذلك:

---

(1) "Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. "Metalclad v. Mexico, op. cit., Para. 99 (emphasis added).

(2) See Supreme Court of British Columbia, The United Mexican States v. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 644.

"أن كل المتطلبات القانونية ذات الصلة اللازمة لبدء واستكمال والتـسيير الناجح للاستثمارات يجب أن يكون ممكنًا التعرف عليها، بالفعل، مـن جانب كل المستثمرين المتأثرين بها، وأنه يُتطلب من الدولة المضيفة أن تضمن أن الموقف الصحيح سيتم تحديده بصورة فورية، وبيانه بوضوح، حتى يكون بمقدور كل المستثمرين الاستمرار في أنـشطتهم، ولـديهم اعتقاد موثوق منه، أنهم يتصرفون وفقا لكل القوانين ذات الصلة"(١).

ولاشك أن إيراد مثل هذه التقريرات- بمثل هذه الدرجة من الاتـساع- يمكن أن يؤدي إلى إعادة تحديد موقف ووظيفة السلطات الإدارية، من خلال إلزامها بإعادة توجيه أولويات ووظائفها، على نحو يمكنها من العمل كوحدات استشارية Consultative units، بل وحتى كجهات تأمين واقعية de facto insurers لتنفيذ مشروعات الاستثمار الأجنبية(٢).

وقد عبرت المحكمة عن المعنى الـسابق، فـي قـضية Tecmed v. Mexico، عندما ربطت التوقعات المشروعة بمتطلب الشفافية في تـسبيبها، وذلك عندما قالت:

---

(1)"that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments ... should be capable of being readily known to all affected investors" and that the host state is required "to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws.", Metalclad v. Mexico, op. cit., Para. 76 (for both citations).

(2) Schill, TDM 3 (2006), 15.

"إن المستثمر الأجنبي يتوقع من الدولة المضيفة أن تعمل بطريقة متسقة، وخالية من الغموض، وشفافة بصورة كاملة، في تعاملاتها مع (المستثمر الأجنبي)، وذلك حتى يكون بمقدوره أن يعرف، مسبقا، كل القواعد واللوائح التي تحكم استثماراته، وكذلك أهداف السياسات والممارسات الإدارية والتوجيهات ذات الصلة، من أجل أن يكون قادرًا على التخطيط لاستثماره والامتثال لمثل هذه القواعد"(١).

## المطلب الخامس

## المعقولية والتناسب

## Reasonableness and Proportionality

وأخيرًا، يُلاحظ أن محاكم تحكيم الاستثمار تربط معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمفاهيم المعقولية والتناسب. وكما هو الحال بالنسبة للتناسب– ولكن بدرجة أقل من التحديد المنهجي– يمكن استخدام المعقولية لرقابة إلى أي مدى يكون مسموحًا بتدخلات الدول المضيفة في الاستثمارات الأجنبية: ولذلك، أشارت المحكمة، في قضية Pope & Talbot v. Canada، مرارًا إلى معقولية مسلك السلطة الإدارية في سياق رفضها القول بوجود انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة(٢). وبالإضافة إلى ذلك، يمكن، أيضًا، إدراج–

(1) Tecmed v. Mexico.

(2) See Pope & Talbot v. Canada, op. cit., paras. 123, 125, 128, 155; see also MTD v. Chile, op. cit., Para. 109 (with a reference to an expert opinion by Steven Schwebel).

عنصر المعقولية في اختبار التناسب، كما في قضية Tecmed v. Mexico:

"يجب أن تكون هناك علاقة معقولة للتناسب بين العبء المفروض على المستثمر الأجنبي **من ناحية**، والهدف الذي يُسعى إلى تحقيقه بواسطة أي إجراء نازع للملكية **من ناحية أخرى**"(١).

وبالمثل، طبقت المحكمة، في قضية Saluka v. Czech Republic، تحليل التناسب كجزء من معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وإن كان ذلك كطريقة لموازنة مصلحة الدولة المضيفة، وتوقعات المستثمر الأجنبي(٢).

وعلى الرغم من أن إدراج تحليل التناسب في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يسمح، إلى حد ما، بإجراء رقابة موضوعية لمسلك الدولة المضيفة، فإن متطلب التناسب يوضح، أيضًا، أن المعاملة العادلة والمنصفة ليس معيارًا غير مرن، ولكنه يسمح بإجراء موازنة بين مصالح الدولة المضيفة، **من ناحية**، ومصالح المستثمر الأجنبي **من ناحية أخرى**. والحقيقة أن ثمة درجة من المرونة، تعطي، لإمكان تنفيذ السياسات المحلية. ومادام أن محاكم التحكيم

(1) "[t]here must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.", Tecmed v. Mexico, op. cit., Para. 122. It is possible that an independent jurisprudence of reasonableness can be established and given detailed content. See Corten, L'utilisation du raisonnable par le juge international: discours juridique, raison et contradictions.

(2) Saluka v. Czech Republic, op. cit., Para. 304.

تُحجم عن استخدام التناسب كوسيلة لتكريس معيار تدخلي للرقابة an intrusive standard of review، فإن تحليل التناسب يشكل مفهومًا يسهم في إزالة المخاوف بشأن سيادة حقوق المستثمر على مصالح الدول المضيفة.

- ملاحظات ختامية:

يبين، مما سبق، أم معيار المعاملة العادلة والمنصفة أضحى أداة قوية في ترسانة اتفاقيات الاستثمار الثنائية. وبالفعل، يبين مما سبق، أن هذا المعيار يبدو، في الوقت الحاضر، مفهومًا أحادي الجانب، وذلك لأنه يركز كل الاهتمام على ما يعد عادلاً ومنصفًا من منظور المستثمر فقط[1].

وحتى الوقت الحاضر، لم تأخذ سوى محاكم قليلة في اعتبارها سياق الاستثمار، لاسيما العلاقات المتعددة للاستثمار مع الحكومات المحلية، والمجتمعات، والبيئة. وفق ذلك، لم يحظ مسلك المستثمر ذاته سوى باهتمام عدد قليل من المحاكم[2]. ذلك، أنه حتى يكون "معيار المعاملة العادلة

(1) Dr. Howard Mann, "Is fair and equitable fair, equitable, just or under law?" Speech to 100th anniversary of the American Society for International Law.

(2) Notable exceptions include Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, MTD v Chile, Maffezini v Spain and International Thunderbird Gaming v. Mexico. For an in-depth examination of the issue of investor conduct, see Peter Muchlinski, "Caveat Investor"? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, 55 ICLQ 527.

والمنصفة" عادلاً ومنصفا، فإنه يجب تطـويره، وتطبيقـه بطريقـة عادلـة ومنصفة، لكل الأطراف، وليس فقط لأحد الأطراف. وهكذا، يبدو واضحًا أن تجاهل السياق بكل أبعاده، لا يعدو أن يكون بترًا لمعناه، وتشويهًا لتطبيقه[١].

ويمكن للمفاوضين إدخال مزيد من التوازن على المفهوم الأحادي لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، من خلال طريقتين:

- **فمن ناحية أولى**، في ضوء تفسير المعاهدات المنصوص عليها في اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات، يمكن صياغة مقدمات وأهـداف اتفاقيـات الاستثمار الثنائية بطريقة تتضمن إشارة صريحة إلى الحاجـة لموازنـة مصالح الأطراف المتنوعة، وكذلك إلى ضمان تنمية مستدامة في الـدول المضيفة[٢].

- **ومن ناحية ثانية**، يمكن صياغة معيار المعاملة العادلة والمنصفة بطريقة واضحة لتحديد وتضييق مداه، أي تحديد المعيار، باعتباره يـشكل الحـد الأدنى للمعاملة في ظل القانون الدولي العرفي[٣]. وذلـك تفـادي قيـام

(1) contextual standard such as this is different from a comparative standard such as national treatment.

(2) See IISD's Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: http://www.iisd.org/pdf/2005/ investment_model_int_agreement.pdf .

(3) See option 7 on page 3 of this paper. A similar formulation is used in article 2 of IISD's Model Agreement, see http://www. iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf .

المحاكم، في المستقبل، بتحديد ما يعد عادلاً ومنصفًا على أساس شخصي[1].

ومن الواضح أن مثل هذه الصياغة يمكن أن تحسن الصياغة على نحو ما. ومع ذلك، فإن هذا لن يوقف المحاكم عن الحكم بأن القانون الدولي العرفي يتطور بسرعة، متخذة من ذلك أساسًا لتوسيع مضمون هذا المعيار.

(1) This is particularly important given that the majority of arbitrators have a business law rather than public law background.

# الفصل الأول

## الانتشار الجغرافي لمبدأ التوقعات المشروعة

يُقصد بمبدأ التوقعات المشروعة أو الثقة المشروعة أن يكون للفرد الحق قانونًا في الثقة في استقرار مركزه وفقًا للقواعد القانونية القائمة[1]. ويمكن القول إن مبدأ احترام التوقعات المشروعة المتولدة نتيجة مسلك السلطات الإدارية، قد تطور، بصفة رئيسية، بواسطة محاكم الاتحاد الأوربي استنادًا إلى القانونين الألماني والهولندي[2].

وقد استندت هذه المحاكم، بصورة خاصة، إلى مفهوم Vertrauensschutz – الذي يعني حرفيًا "حماية الثقة"– المستخدم في القانون الألماني، لاسيما في سياق سحب القرارات الإدارية the revocation of administrative acts[3]. وإذا كان تبني المبدأ قد ظهر – في قضايا

---

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، تحت الطبع.

(2) J Schwarze, European Administrative Law, op. cit., p. 946; J-M Woehrling, “Le Principe de confiance légetime dans la jurisprudence des tribunaux » in J Bridge (ed), Comparative Law Facing the 21st Century (2001) 816-18. The 1957 Alegra case (Alegra v Common Assembly (1957) ECR 39) is cited as the first instance of the doctrine being applied by EU Cours, E Snodgrass, ‘Protecting Investors’. Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle’, op. cit., p. 26.

(3) CF Forsyth, « The Provenance and Protection of Legitimate Expectations” (1988) 47 Camb LJ 238, 242-3.

منعزلة– أثناء جمهورية Weimar، فإن المبدأ قد تطور، بصورة أساسية، بعد الحرب العالمية الثانية[1]. ومنذ سنة ١٩٧٦، تكرست حماية التوقعات المشروعة– المتولدة من الوعود المكتوبة– صراحة، بواسطة المادة (٣٨) من قانون الإجراءات الإدارية الألماني[2].

ويذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مبدأ التوقعات المشروعة مشتقًا من مبدأ الأمن القانوني[3]. ويُنظر إلى هذا المبدأ الأخير باعتباره أحد متطلبات

---

(1) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français (2001) 10-11, 445, citing the case of the « German window », BVerwGE 9, 251 et seq. This case was cited in an Argentine decision, CAN Cont Fed IV, Itoiz c Universidad de Buenos Aires LL 2001-A266, and in a Brazilian decision, Supremo Tribunal Federal 3/4/03, Mandado de Seguranca 24.268-0 Minas Gerais.

(2) See § 38 (1) of the Greman Act of Administrative Procedure (Verwaltungsverfabrensgesetz)., Assurance. A promise made by a competent authority to take or refrain from taking an administrative Law In Common Law Perspective (1985) 169).

(٣) تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أهمية الأمن القانوني، إلا أن القوانين تقف منه موقفًا متباينًا. فالقانون الفرنسي، سواء الدستوري أو الإداري، لم يتضمن تكريسًا صريحًا لهذا المبدأ، خلافًا لبعض القوانين الأخرى مثل القوانين الجرمانية التي تضمنت هذا التكريس. وبالإضافة إلى ذلك، فإن مضمون هذا المبدأ ليس محل اتفاق. فالأمن القانوني قد يتميز، في نظر البعض، عن مبادئ أخرى مثل الثقة المشروعة؛ وقد يُفهم في نظر البعض الآخر بمعنى واسع بحيث يشمل المبدأ الأخير وبعض المبادئ الأخرى مثل اليقين القانوني: د. محمد محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد٣٦، أكتوبر، ٢٠٠٤، ص ٨٨.

– ويعتبر الأمن القانوني أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية التي =

"حكم القانون" Rule of Law[1]، وأحد المبادئ الأساسية للقانون الأوروبي[2]. ويتطلب مبدأ الأمن القانوني– وفقًا لقضاء محكمة العدل الأوروبية– "وجوب أن تكون القواعد– التي تنطوي على آثار سلبية بالنسبة للأفراد– واضحة ومحددة، وأن يكون تطبيق هذه القواعد متوقعًا من جانب هؤلاء الذين سيخضعون لهذه القواعد"[3].

---

تخضع فيها جميع السلطات العامة للقانون، كما يعتبر الأمن القانوني واحدة من أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها. وتشتمل فكرة الأمن القانوني على عناصر عديدة أهمها: وضوح قواعد القانون وضمان وصولها في يسر إلى علم المخاطبين بأحكامها، والثبات النسبي لهذه القواعد، واستقرار المراكز القانونية للأفراد. ولكي تتحقق هذه الأمور على النحو الأكمل فإن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية يقع على عاتقها قدر من المسئولية في تحقيقها. **وتستند فكرة الأمن القانوني إلى وجوب ضمان حد أدنى من الثبات والاستقرار للعلاقات القانونية، سواء أكانت هذه العلاقات بين الأفراد وبعضهم البعض أم بينهم وبين الدولة، وساء أكانت أطراف هذه العلاقات من الأشخاص الطبيعية أم من الأشخاص المعنوية: د. يسري محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني** في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٢، ص٥١.

(1) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. Cit., p. 12-23.

(2) Case T-20/03 Kabla Thuringen Porzellan GmbH v Commission (2008) ECR II-2305, para 146, Judgment, 24 September 2008.

(3) Case C- 17/03 Vereeniging voor Energie, Milieu en Water v Directeur van de Dienst uitvoering en toezicbt énergie (2005) ECR I-4983, Judgment, 7 June 2005, cited in International Thunderbird Gaming Corp V United Mexican Stares UNCITRAL/NAFTA, 26 January 2006, Separate Opinion of Thomas Walde, Para 50.

وتبعًا لذلك، تم تطبيق المبدأ في **القانون الإنجليزي**[1]، حيث اعتبرت مخالفة التأكيد أو الوعد السابق الصادر من الحكومة أمرًا غير عادل أو يشكل إساءة استعمال للسلطة[2]، وكذلك الحال في الأنظمة القانونية لدول رابطة الكومنولث[3]. وقد تبنت المبدأ أيضًا Sewitzerland[4]، وإيطاليًا[5]. وحديثًا جدًا، تم تكريس مبدأ التوقعات المشروعة، صراحة، في قانون الإجراءات الإدارية الأسباني[6]. وقد بدأ استخدام المبدأ، في دول أمريكا اللاتينية أيضًا.

(1) W Wade and CF Forsyth, Administrative Law , op. cit., p. 446-57; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. Ch 20

(2) Bhatt Murphy (a firm) and ors v The Independent Assessor and R on the application of Noorrullah Niazi, Hamidreza Tachibeglou, Huseyin Cakir v the Secretary of State, op. cit., 446-57 ; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. Ch 20

(3) See eg SD Hotop, Principles of Australian Administrative Law (1985) 180-3.

(4) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 17.

(5) L Lorello, La Tutelà del Legittimo Affidamento tra Diritto Interno c Diritto Communitario (1998); and F Merusi, L'Affidamento del Cittadino (1970).

(6) Ley de Regimen Juridico de as administrations Publicans Y del Procedimiento Administrativo Comun (Law 30L1992 of 26 November 1992) as amended by Law 4/1999 of 13 January 1999 ('LPC'), Art 3. see J Garcia Luengo, El Principia de Protection de la confianza èn el Dcrecho administrativo (2001) 38-114; previously, the application of the principle in EU Law was described by RGarcia Macho, 'Contenido y Limites del Principio de la Confianza Légitimas Studio Sistematico de la juris-

ولكن بالنظر إلى الاعتراف الحديث بالمبدأ، وعدم وجــود ســوابق قــضائية كثيرة، وقلة الكتابات الفقهية، فلا توجد مراجع كثيرة يمكن الرجوع إليها فــي هذا السياق[1]. ومع ذلك، فإن المراجع القليلة المتاحة تكشف عــن أن مبــدأ التوقعات المشروعة لا يتعارض، من حيث المبدأ، مــع الأنظمــة القانونيــة اللاتينية.

وبينما يَحمي المبدأ أيضًا– في بعض الدول الأوروبية، لاسيما **هولندا**،

---

prudencia del Tribunal de Justicia' in Libro Homenaje al Profesor Jose Luis Villar Palast (1989) 453.

(1) For Argentina, see PJJ Coviello, La Proteccion de la Confianza del Administrado (2004); V Sevile Salas, La Confianza Legitima y la Respnsabilidad del Estado, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Publico (2008) 417; for Brazil, A Do Coutoe Silva; 'Principios da Legalidade da Administraçao Publica e da Segurança Juridica no Estado de Direito Contemporaneo (1987) 84 Rev Direito Publico 46; for Chile, J Bermudez Soto, 'El Principio de Confianza Legitima en la Actuacion de la Administracion como limite de la Potestad invalidatoria' (2005) 18/2 Rev de Derecho (Valdivia) 83; for Venezuela, H Rondon de Sanso, 'El Principio de la Confianza Legitima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano', Ediciones de la Academia Nacional de Derechoy Ciencias Sociales de Cordoba, Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield (2000) Vol. 5, 271- 379. Itoiz c Universidad de Buenos Aires LL 2001-A-266, op. cit., p. 266. For Judicial precedents in Colombia, two decisions of the Corte Constitucional, T-1185 of29 November 2004 and T-1159 of 18 November 2004, can be mentioned.

**ألمانيا، المملكة المتحدة**[1]، وكذلك في القانون الأوروبي- التوقعات المشروعة التي تتولد من مسلك إداري لا يرقى لأن يشكل عقدًا، أو قرارًا إداريًا فرديًا رسميًا a formal unilateral decision، فإن المبدأ يُستخدم في بعض الدول اللاتينية، بصفة رئيسية، لتقييد سحب القرارات الإدارية الرسمية التي رتبت حقوقًا لأحد الأطراف الخاصة[2].

ومع ذلك، لم يحظ مبدأ التوقعات المشروعة بتقدير أو قبول عالمي شامل حتى الآن. فلم يُقبل المبدأ بعد، في **القانون الفرنسي**، باعتباره أحد المبادئ العامة للقانون، حيث ينتقد الكتاب الفرنسيون"الذاتية" subjectivism التي تغلب على المبدأ، مستندين في ذلك إلى ضرورة أن تكون القواعد المطبقة عامة general وموضوعية objective[3].

ورغم ذلك، يُلاحظ وجود قواعد خاصة تحمي التوقعات المشروعة- المتولدة نتيجة الوعود الإدارية غير الرسمية- في المسائل الضريبية، وتلك

(1) J-M Woehrling, 'Le Principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux', op. cit., p. 816-23.

(2) A Do Couto e Silva, 'Principios da Legalidade da Administraçao Publica e da Segurança Juridica no Estado de Direito Contemporaneo', op. cit.

(3) J-M Woehrling, 'Le Principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux', op. Cit., p. 819- 20; S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 39, 481- 98. See also S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Low, op. cit., p. 114- 15.

المتعلقة بتخطيط الأراضي، حيث تثور المشكلات- المتعلقة بالتوقعات المشروعة- في هذين المجالين عادة[1]. وبالإضافة إلى ذلك، يُقيد القانون الفرنسي سحب القرارات الإدارية revocation of administrative decisions التي تمنح حقوقً أو مزايا لأحد الأطراف الخاصة، وذلك من خلال مفهوم الحقوق المكتسبة droits acquis[2].

وأخيرًا، يحمي القانون الفرنسي التوقعات المشروعة من خلال اعترافه الواسع بالمسئولية التقصيرية للدولة state tort liability [3]. ولذلك، قضت المحكمة الإدارية بمدينة Strasbourg، أن على الإدارة حين تقوم بنشاطها أن تراعى أن لا تسبب ضررًا جسيمًا للغير، يكون ناشئًا عن تعديل غير متوقع للقواعد التي تتخذها، أو للسلوك الذي تتبناه، وذلك إذا كانت الصفة الفجائية لهذا التغيير لم يَفرضها موضوع الإجراء أو الأهداف المبتغاة؛ وأنه إذا كان يجوز للسلطات الإدارية أن تعدّل التنظيم اللائحي الذي اتخذته وفقًا لتطور أهدافها أو المراكز القانونية أو الواقعية التي تؤثر في تدخلها، فإن هذه

(1) ibid 131- 3.

(2) ibid 70-1; E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 27. see C Yannakopoulos, La Notion de Droit Acquis en Droit Administratif Français (1997) passim.

(3) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 617, citing Conseil d'Etate, Compagnie des mines de Siguiri, 22 November 1929. see also C Broyelle, 'Confiance Légitime et Responsabilité Publique' (2009) 2 Revue Droit Public 321.

السلطات يجب أن تتخذ الإجراءات المناسبة، حتى يكون لدى الأشخاص ذوى الشأن معلومات سابقة، أو تقرير فترة انتقالية، حتى لا يأخذ التعديل المقترح في النفاذ بطريقة فورية، وحتى لا يُحدث هذا التعديل آثارًا سلبية على ممارسة أنشطة مهنية أو حرية عامة؛ فإذا لم يُحترم مبدأ الثقة العامة في وضوح وتوقع القواعد القانونية والنشاط الإداري، فإن الإدارة تتحمل مسئولية بسبب الضرر غير العادي الناشئ عن التعديل المفاجئ دون مبرر لهذه القواعد أو لهذا السلوك[١].

ويُلاحظ أن مفهوم التوقعات المشروعة قد استخدم، في **الولايات المتحدة الأمريكية**، في عدد مختلف من السياقات عن ذلك الذي استخدم فيه المفهوم في **المملكة المتحدة** أو في **الاتحاد الأوروبي**. وذلك من خلال الإشارة إلى التوقعات العامة لأحد الأشخاص أو المستثمرين، وليس إلى تلك التوقعات الناجمة عن مسلك الحكومة[٢]. ومع ذلك، فقد طبق مبدأ estoppel، في عدد

---

([1]) TA, Strasbourg, 8 dée. 1994, Freymuth, AJDA, 1995, p. 555 ; JCP, 1995, II, 22474, concl. Pommier, RFDA, 1995, p. 967.
مشار إليه لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، تحت الطبع.

(2) S Fietta, 'Expropriation and the "fair and Equitable" Standard- The Developing Role of Investors' "Expectations" in International Investment Arbitration' (20060 23 JI Arb 375, 378, citing Penn Central Transportation Co and ors v New York City and ors 438 US 104 (1978), which held that the inrerference with the 'investment backed expectations' of the plaintiff had not amounted to a 'taking' of propetty. See also Ricci v De Stefano et al 2009 WL 1835138 (US Supreme Ct), and Smith v Maryland 442 US 735 (1979)

من القضايا، على مسلك السلطات العامة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن تحليل القانون الفيدرالي الأمريكي- في هذا الموضوع- لا يمكن أن يكون مكتملاً دون الأخذ في الاعتبار ممارسة الكونجرس في منح تعويض طوعي- أي لا يوجد إلزام قانوني بدفعه exgratia compensation- من خلال ما يطلق عليه القوانين الخاصة private bills، في بعض القضايا التي لا تستوفى شروط استحقاق التعويض في ظل قانون دعاوى المسئولية التقصيرية الفيدرالي Federal Tort Claims Act[2].

وبالمثل، يجب أن يؤخذ في الاعتبار أيضًا وسائل الإنصاف غير القضائية non judicial remedies- المتاحة في قوانين **المملكة المتحدة** وغيرها من الدول الأوروبية الأخرى من خلال تدخل الأمبودسمان، وذلك لتكوين صورة كاملة عن مجمل وسائل الإنصاف المتاحة للأطراف الخاصة

(1) See Part IV. A below.

(2) W Gellhorn and C byse, Administrative Law (10th edn, 2003) 1278; see Private Law 100- 37, 102 Stat 4860, cited by Jusrice Anthony Kennedy in Office of Personnel Management v Richmond 496 US 414, 431 (1990). See also W Gellhorn and L Lauer, 'Confressional Settlement (1965- 66) 79 Hary LR 1684. ex gratia payments exist also in the UK, see Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, (Law Com No 187, 2008), available at http://www.lawcom.govuk/docs/cp187.pdf.

في مواجهة الحكومة، كما هو الشأن، على سبيل المثال، فـــي حالـــة إســداء نصيحة خاطئة من جانب السلطات العامة[1].

(1) W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 82-3, 451. At least 43 ombudsmen exist in the UK, see Law Commission, Administrative Redress: Public Bodies and the Citizen, (Law Com No 187, 2008), available at http://www. lawcom. govuk/docs/cp187.pdf, op. cit., 16-18.

# الفصل الثاني

# التوقعات المشروعة في قضايا الاستثمار الدولي

# *Legitimate Expectations in International Investment cases*

يمكن القول إن حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين الأجانب- الذي يعد أحد الموضوعات المتكررة في مجال تحكيم الاستثمار الدولي- قد ارتقى، في الوقت الحاضر، إلى مرتبة المبدأ[1]. ويذهب بعض الفقه إلى أن وجود اتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT- بما تكلفه من معاملة عادلة ومنصفة، وعدم تمييز، وتعويض عادل في حالة نزع الملكية لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة- يعد، في ذاته، كافيًا لخلق توقع مشروع لدى المستثمرين الأجانب بأن هذه الضمانات ستحظى بالاحترام[2]. بل إن ثمة من يذهب من الفقهاء إلى أن أوجه الحماية الموضوعية للمستثمرين- المكفولة فيما يزيد على ما يربو على ثلاثة آلاف اتفاقية ثنائية دولية BITS في حيز النفاذ في الوقت الحاضر- تشكل قانونًا دوليًا عرفيًا ملزمًا، حتى بالنسبة للأطراف غير الموقعة على هذه الاتفاقيات[3].

---

(1) E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 56.

(2) Saluka Investments BV v Czech Republic UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, paras 329, 498-499.

(3) A Lowenfeld, "Investment Agreements and International Law' (2003) 42 Col JTL 123, 129; see also JE Alvarez, 'A BIT on Custom' (2010) 42 NYUJIL. P. 17.

وقد عُرفت "المعاملة العادلة والمنصفة" fair and equitable treatment على أنها تشمل طائفة واسعة من المعايير المقبولة على نطاق واسع. وتشمل هذه المعايير الأساسية، على سبيل المثال، حسن النية good faith، الإجراءات السليمة (الضمانات الإجرائية) due process، عدم التمييز non- discrimination، والتناسب proportionality[1]. واستنادًا إلى وجهة النظر هذه، فإن حسن النية يمثل الرابطة الرئيسية بين المعاملة المكفولة وحماية التوقعات المشروعة.

وتجدر الإشارة، بصفة خاصة، إلى أنه قد قُضي بأن "المعاملة العادلة والمنصفة" تتطلب معاملة "لا تؤثر على التوقعات الأساسية التي أخذها المستثمر الأجنبي في اعتباره قبل قيامه بالاستثمار"[2]. الأمر الذي دفع أحد المعلقين إلى القول: إن " أهم وظيفة يؤديها **معيار المعاملة العادلة والمنصفة** هي حماية التوقع المشروع للمستثمر من خلال خلق إطار قانوني مستقر وشفاف[3].

---

(1) See Opinion of Judge Schwebel cited in MTD Equity Sdn Bbd and MTD Cbile SA v Republic of Chile ISCID Case No ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para 109. Most BITs include this rule, see ADF Group Inc v USICSID Case No ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Final Award, 9 January 2003, para 183.

(2) Técnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para 145; cf C Mclachlan et al, International Investment Protection- Substantive Principles (2007) 226-47.

(3) C Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions =

وفي بعض الحالات، تشكل التوقعات المشروعة- النابعة من الوعود الإدارية غير الرسمية- تدعيمًا للتوقعات المستندة على عقد حكومي (عقد إداري) a government contract. ومن ثم، يُتمسك بهذه التوقعات، فقط، لتقوية الحماية التي يجب أن يتمتع بها مثل هذا العقد بصورة طبيعية(١). ومع ذلك، تكون المسألة، في بعض الحالات الأخرى، ذات أهمية مركزية بالنسبة لقرار الفصل في النزاع، كما في قضية Metalclad V Mexico(٢)،

---

with other Standards' (2007) 4 (5) Trans Disp Man 5. see also I Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in the international law of Foreign Investments (2008). cfND Rubins and NS Kinsella, International investment, Political Risk and Dispute Resolution (2005) 214-17. for a narrow construction of the fair and equitable standard see JR Picherack, 'The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Sandard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?' (2008) 9 WIT 255; and JE Alvarez, 'The Once and Future Foreign Investment Regime' in M Arsanjani et al (eds), Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman (2010) (forthcoming). Fot other applications of the standard, see Waste Management Inc v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/00/3 (NAFTA), Award, 30 April 2004, para 98; CMS Gas Transmission Co v Argentine Republic ISCID Case No ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para 276; Saluka v Czech republic, op. cit., para 302; BG Group plc v Republic of Argentina UNCTTRAL, Final Award, 24 December 2007, paras 292-300; Sempra Energy International v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para 298.

(1) See eg the CMS and BG Group cases against Argentina, op. cit.

(2) Metalclad Corp v United Mexican States ICSID Case No ARB =

Thunderbird V. Mexico[1]، وهـــي قـــضايا أثيـــرت فيهـــا التوقعـــات المشروعة، النابعة من وعود إدارية غير رسمية، وإن كانت قد أدت إلى نتائج معاكسة.

وإذا كان المبدأ العام يبدو واحدًا، فإن ثمة عوامل مهمة تميـــز ســـوابق القوانين الوطنية أو القانون الأوروبي عن منازعات الاستثمار الدولي:

**أولاً:** إذا كان ثمة من ينادي من الكتاب بضرورة قيام الدولة المضيفة بكفالـــة "المعاملة المنصفة والعادلة" لمواطنيها، لكن بالنظر إلى عدد القضايا التي صدر فيها أحكام في مواجهة الدولة المضيفة دون ثبوت أي تمييـــز[2]، فيبدو أن العكس هو المطلوب[3]. ومع ذلك، فإن معيار الأفعال التي تقيم بأنها عادلة ومنصفة- كما ذهبت إلى ذلك المحكمة في قضية CME v Czech Republic- لا يتحدد بواسطة السلطة القائمة بالفعـــل طبقـــا

---

(AF)/97/1 (NAFTA), Award, 30 August 2000 (partially reversed by a Candian court upon challenge by Mexico, see United Mexican States v Metalclad Corp 2001 BCSC 664).

(1) International Tbunderbird Gaming Corp v United Mexican States UNCITRAL/ NAFTA, 26 January 2006.

(2) See eg Tecmed v Mexico, op. cit., paras 180 and 182; BG Group v Argentina, op. cit., paras 354-360.

(3) B Kingsbury and S Schill, 'Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law', op. cit., p. 16.

للمعيار المستخدم في محاكمها الوطنية[1].

**ثانيًا:** إذا كانت المنازعات- على المستويين الوطني والأوروبي- تتضمن، في الغالب، أفرادًا، فإن منازعات الاستثمار تشمل، من الناحية الفعلية، شركات أو رجال أعمال يتمتعون، عادة، بدرجة عالية من التبصر والتحوط[2].

**ثالثًا:** يُلاحظ أن الحق الفردي الذي يُسعى لحمايته- كما تكشف عن ذلك معظم السوابق على المستويين الوطني والأوروبي- ليس حق الملكية، ولكنه حق ينطوي على مسائل تتعلق بالرعاية الصحية، أو الهجرة، أو حتى الحرية الشخصية، وهي حقوق ذات أهمية أو بعد إنساني أعلى من الملكية[3]. وبينما تمثل هذه النظرة مقاربة صحيحة، فإنه من الصحيح أيضًا- خلافًا للحالات الوطنية الأخرى- فإن منازعات الاستثمار تتضمن مبالغ مالية كبيرة، لأن التحكيم المستند على الاختصاص العادي للمحاكم المحلية- بالنسبة للمنازعات الإدارية العادية، ولذلك، يتطلب نسبة عالية للضرر لتبرير وجود مخالفة للاتفاقية[4].

ولهذا أثر، أيضًا، على مشروعية التوقع. فعندما يكون المبلغ، محل

(1) CME Czech Republic BV (The Netberlands) v Czech Republic UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para 611.
(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 128.
(3) ibid 113. see also G Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law (2007) 35.
(4) Thunderbird dissent, op. cit., para 14.

النزاع، كبيرًا، فيجب على الطرف ذي الصلة أن يحصل على مشورة قانونية صحيحة، وألا يقنع بالرأي غير الرسمي الذي يُبديه أحد موظفي الحكومة(١).

ويُلاحظ أن وسيلة الإنصاف التي يُسعى للحصول عليها، عادة، في قضايا الاستثمار الدولي، هي تعويض الأضرار، وليس سحب (أو إلغاء) القرار الضار أو منح حماية إجرائية، الأمر الذي يقلل من أهمية الموازنة بين المصالح في تلك القضايا.

وفي قضايا الاستثمار الدولي، لا تعد المناقشة بشأن الحاجة لإثبات الثقة reliance، من أجل حماية التوقعات المشروعة، ذات أهمية كبيرة، وذلك نظرًا للحد أو العتبة العالية من الأضرار high threshold of damages الضرورية للسماح بالشروع في التحكيم الدولي. ولذلك، من الصعب تصور قضية، لا تُثار فيها الثقة، ومن ثم منح تعويض للمدعي. من ذلك، أنه وُجد، في قضية Nagel v Czech Republic، أن إنفاق الوقت والمال، في مسعى غير ناجح، للحصول على ترخيص، غير كاف ليشكل "استثمارًا متمتعًا بالحماية في ظل الاتفاقيات الثنائية الدولية، التي تعد طريقًا آخر لبلوغ ذات النتيجة"(٢).

---

(1) RJ Pierce Jr, Administrative Law Treatise (4th edn, 2002) Vol. 2, 864.

(2) See Nagel v Czech Republic SCC Case No 49/2002, Final Award, 9 September 2003, 13 ICSID Reports 33, paras 297-329; cf E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 45.

وإذا كان من النادر حماية الوعود غير الرسمية- غير المشروعة- في الأنظمة القانونية الوطنية والأوربية، فإن الحماية يمكن منحها، في قضايا الاستثمار الدولي، في ظل توافر ظروف معينة[١].

ويُلاحظ قلة درجة التناسق في قضايا الاستثمار الدولي مقارنة بالأنظمة الوطنية. ويَرجع ذلك إلى حقيقة أنه على الرغم من أن المحكَمين يميلون، عادة، إلى متابعة قرارات المحاكم الدولية الأخرى[٢]، فإن تشكيل المحاكم يتغير في كل قضية، وأن الاتفاقيات التي يتم تطبيقها- على الرغم من تشابها- فإنها ليست هي ذاتها.

---

(1) See Part IV. C below.

(2) See eg LGOE Energy Corp, LGOE Capital Corp, LGOE International Inc v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 3October 2006, para 125; Thunderbird dissent, op. cit., paras 15-16. see also B Kingsbury and S Schill, 'Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law', op. cit., 46.

# الفصل الثالث

## جذور مبدأ التوقعات المشروعة

يمكن القول إن التوقعات المشروعة تعد أحد المفاهيم التي تم ابتداعها في نطاق القانون العام. ولذلك، فإن التوقعات المشروعة تعمل في مجال القـانون العام، وليس في مجال القانون الخاص[١]. وتوجد نظريات متعددة تفسر لماذا يجب كفالة الحماية للتوقعات المشروعة[٢]. ولقد فُسرت هذه الحماية اسـتنادًا إلى أسس العدالـة fairness[٣]، أو الأمـن القـانوني legal certainty[٤]، أو إساءة استعمال السلطة abuse of power[٥].

ويعتبر مبدأ التوقعات المشروعة أو الثقة المشروعة من جانب الأفـراد في المجتمع من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية، والتي يثور النقـاش

---

(1) CF Forsyth, 'The Provenance and Protection of Legitimate Expectations', op. cit., 260.

(2) For analysis see S. Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law (Oxford: OUP, 2000), Ch.1.

(3) R. (on the application of Bapio Action Ltd) v SoS for Health [2008] UKHL 27; [2008] 2 W.L.R. 1078 at [29], (Lord Scott); P. Sales and K. Steyn, "Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis" [2004] P.L. 564.

(4) Craig, Administrative Law (2008), at [20-004].

(5) R. v SoS for Education Ex p. Begbie [2000] 1 W.L.R. 1115 (CA), 1129, (Laws L.J.); R. (on the application of Bapio Action Ltd) v SoS for Health [2008] UKHL 27; [2008] 2 W.L.R. 1078 at [59], (Lord Mance).

حول مدى تمتعها بقيمة دستورية، وترتبط هذه الفكرة ارتباطًا وثيقًا بفكرة الأمن القانوني، وتعتبر صورة من صورها. وتعني فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة لوائح إدارية يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة للأفراد والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من الأنظمة القائمة على هدي من السياسات الرسمية المعلنة من جانب السلطات العامة والوعود والتأكيدات الصادرة عنها.

وتعد فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة من المبادئ الأساسية في القانون الأوروبي التي تلتزم بها السلطات العامة في دول الاتحاد الأوروبي في القوانين واللوائح التي تصدر تطبيقًا للقانون الأوروبي. وتطبيقًا لذلك، أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الحكومة الفرنسية في حكم أصدرته المحكمة بتاريخ ٢٤ أبريل ١٩٩٠، لأن القواعد القانونية المتعلقة بمراقبة التليفونات في فرنسا، والتي كانت مطبقة قبل صدور القانون الحالي المنظم لهذا الموضوع بتاريخ ١٠ يوليو ١٩٩١، لم تكن واضحة ودقيقة وفي متناول علم الأفراد المخاطبين بأحكامها[1].

أما على مستوى قواعد **القانون الدستوري الداخلي**، فقد رفض المجلس الدستوري الفرنسي إسباغ قيمة دستورية على فكرة التوقع المشروع أو الثقة

---

(١) د. يسري محمد العصار، **الحماية الدستورية للأمن القانوني** في قضاء المحكمة الدستورية، مرجع سابق، ص ٥١.

المشروعة، ولكن جانبًا من الفقه يدعو لاعتبار مبدأ الأمن القانوني بكل عناصره وصوره، بما فيها صورة احترام التوقع المشروع أو الثقة المشروعة من المبادئ الدستورية. ويسند هذا الاتجاه مبدأ الأمن القانوني على **مبدأ الأمن** الذي نصت عليه المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩.

**- موقف المحكمة الدستورية المصرية من فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد:**

أشارت المحكمة الدستورية العليا المصرية، في حيثيات عدد من أحكامها، إلى فكرة التوقع المشروع أو الثقة المشروعة من جانب الأفراد وضرورة احترام المشرع لها، مثل الحكم الصادر بتاريخ ٢ من يناير ١٩٩٣ بعدم دستورية نص في القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية فيما قرره من زيادة ضريبة الأرباح التجارية والصناعية بأثر رجعي على تصرفات تمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون، وكذلك أحكامها الصادرة بتاريخ الأول من فبراير ١٩٩٧ ، وتاريخ ٢ من أكتوبر ١٩٩٩، وتاريخ ٣ من يونيو ٢٠٠٠ بعدم دستورية بعض مواد القرار بقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر فيما قررته من إجراء تحريات جديدة عن القيمة الحقيقية للعقارات بعد انتهاء إجراءات شهر التصرفات القانونية التي تمت بشأنها وفرض زيادة في قيمة رسوم الشهر تقابل الزيادة التي تظهر فيما بعد في قيمة هذه العقارات.

إلا أنه رغم إشارة المحكمة الدستورية العليا، في حيثيات بعض الأحكام الصادرة عنها، إلى مبدأ أو فكرة التوقعات المشروعة من جانب الأفراد، فإنها

لم تقض في أي من هذه الأحكام بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه لمجرد مخالفته لفكرة التوقع المشروع وحدها، وإنما أسست المحكمة قضاءها بعدم دستورية هذا النص على مخالفته لمواد معينة من مواد الدستور. مثل المواد التي تحمي الحق في الملكية الخاصة، والمواد التي تنص على خضوع الدولة للقانون. وعلى ذلك، فإن فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد التي نادى بها بعض الكتاب في فرنسا بإسباغ قيمة دستورية عليها لا تعتبر غريبة على قضاء المحكمة الدستورية في مصر. ولكن المحكمة المصرية لم تستند، مطلقًا، على هذه الفكرة وحدها لكي تفحص مدى دستورية النص التشريعي المطعون عليه[1].

ومع ذلك، يُلاحظ أن مبدأ التوقعات المشروعة يحمل بعض الشبه لنظريتين قانونيتين مختلفتين، ظهرتا، من قبل، في بعض الأنظمة القانونية، في سياقات تتدرج في إطار القانون الخاص. أما **النظرية الأولى** فتتمثل في المبدأ المعروف، في القانون العام الإنجليزي Common law، باسم مبدأ doctrine of estoppel( مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير). وأما **النظرية الثانية** فتتمثل في المبدأ المعروف في أنظمة القانون المدني– والذي يَحظر السلوك غير المتسق inconsistent conduct والذي يُطلق عليه Venire contra factum proprium non valet doctrine، أى مبدأ عدم جواز أن يضع أحد نفسه فى موضع التناقض مع مسلكه السابق. وقد أثير

(١) د. يسري محمد العصار، **الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية**، مرجع سابق، ص ٥١.

هذان المبدآن، بدرجات مختلفة من النجاح، في مواقف تتـــدرج فـــي إطـــار القانون العام.

## المبحث الأول

## مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير

## Estoppel

يمنع مبدأ estoppel[(١)]– أو بالأحرى estoppel by representation أحد الأطراف من التصرف على نحو يخالف وعوده السابقة– أو مسلكه السابق– بما يُلحق الضرر بالطرف الأخر، إذا كان هذا الأخير قد وثق في هذه الوعود أو عول عليها. ومن ثم، "فإن الشخص الذي قدم إقراراً أو وعدًا بشأن حقيقة معينة، يمكن منعه من إنكار الحقيقة التي يتضمنها هذا الإقرار، إذا كان يُقصد أن يتصرف الشخص الذي قُدم له هذا الإقرار أو الوعد– استنادًا له[(٢)].

ولكي يكون بالإمكان تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

١– وعد أو إقرار أو تأكيد representation خاطئ أو مضلل.

---

(١) يعد مبدأ إغلاق الحجة (Estoppel) أحد المبادئ الأساسية – في القانون الدولي– في نزاعات الحدود، وقد أكدته وطبقته محكمة العدل الدولية عام ١٩٦٠ بين هندوراس ونيكاراجوا ، وفحواه أن الدولة إذا صدر منها ما يدل على موافقتها الصريحة أو الضمنية على نتيجة التحكيم في نزاع الحدود أو أي قرار يصدر بشأنه، فليس لها الرجوع عن هذا الاعتراف أو الطعن في صحة ذلك القرار.

(2) GH Treited, the Law of Contract (6th end, 1983) 309.

٢- علم (المدعي عليه/ مقدم الوعد أو التأكيد) بأن هذا التأكيد خاطئ أو مضلل.

٣- اعتقاد (المدعي: من قُدم له التأكيد) بأن هذا التأكيد صحيح.

٤- تصرف من قُدم له التأكيد استنادًا إليه، مما ألحق الضرر به.

٥- إمكان توقع من قدم التأكيد بأنه سيُولد مثل هذه الثقة أو الاعتماد عليه(١).

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel قد تولد، بحسب الأصل، في إطار العلاقات بين الأطراف الخاصة. وقد بُذلت محاولات عدة لتطبيق هذا المبدأ على السلطات الإدارية، ولكنها لم تُسفر سوى عن نجاح محدود. ويمكن تفسير ذلك، بأن تطبيق هذا المبدأ:

"لن يكون متسقا، بصفة خاصة، مع الممارسة الحرة والصحيحة للسلطات التي تمتع بها الإدارة أو مع نهوضها بواجباتها في سبيل المصلحة العامة"(٢).

وفي **القانون الإنجليزي**، اعتبر اللورد Denning المبدأ قابلاً للتطبيق في إحدى قضايا القانون العام(٣)، ولكن مجلس اللوردات رفض، في قضية لاحقة، تطبيق المبدأ، على الأقل عندما يتصرف الموظف- الذي يقدم التأكيد

(1) J Pomeroy, A Treatise on Equity Juriprudence (5th edn, 1941) paras 805, 191- 192.

(2) W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 200.

(3) Robertson v Minister of Pensions (1949) 1 KB 227.

أو الوعد- خارج حدود اختصاصاته[١]. ويذهب بعض الفقه إلى أنه على إثر رفض مجلس اللوردات تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel في مواجهة التاج، قدم اللورد Denning، إلى القانون الإنجليزي مبدأ التوقعات المشروعة[٢]. وبسبب الحاجة إلى إجراء موازنة بين المصالح العامة، والمصالح الخاصة ذات الصلة، يبدو أنه قد تمت الاستعانة بمبدأ التوقعات المشروعة لإكمال تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel في المواقف التي تندرج في إطار القانون العام[٣].

وفي **الولايات المتحدة الأمريكية**، رفضت المحكمة العليا، في قضية Federal Crop Insurance Merrill[٤]، تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel في مواجهة الحكومة الفيدرالية وقد عادت المحكمة لتكرر، لاحقًا، هذا الرفض، وإن لم تجزم، بصورة مطلقة، عدم إمكان تطبيق المبدأ[٥]. وفي حكم حديث، قضت المحكمة العليا الأمريكية أنه لا يجوز الاستناد إلى مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel للمطالبة

---

(1) Howell v Falmouth Boat Construction Co (1951) AC 837.

(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 109.

(3) P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 680; W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 283-4.

(4) Federal Crop Insurance Corp v Merrill 332 US 380 (1947).

(5) Schweiker v Hansen 450 US 785 (1981); Heckler v Community Health Services of Crawford County Inc 467 US 51 (1948), The Supreme Court did apply estoppel effectively, however, in a citizenship matter: Moser v US 341 US 41 (1951).

بمبالغ مالية في مواجهة الحكومة الفيدرالية على نحو يخالف المخصصات المحددة في القانون(١). ويبدو هذا العزوف من جانب المحكمة العليا الأمريكية عن تطبيق مبدأ estoppel مستندًا على الأسس القانونية الضيقة المتاحة- لمقاضاة الحكومة الفيدرالية على أساس المسئولية التقصيرية- التي تستبعد، من بين أشياء أخرى، التأكيد الخاطئ misrepresentation(٢). ومع ذلك، يلاحظ أن المحاكم الدورية للمناطق Circuit courts قد طبقت مبدأ estoppel في مواجهة الحكومة الفيدرالية في القضايا الجنائية(٣)، أو في ظل توافر مسلك إيجابي يتجاوز مجرد الإهمال، شريطة ألا يترتب على ذلك ضرر غير مسوغ يلحق المصلحة العامة undue damage(٤). وكذلك أيضًا، طبقت بعض محاكم الولايات مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel في مواجهة حكومات الولايات(٥).

---

(1) Office of Personnel Management v Ricbmond 496 US 414 (1990).

(2) See Federal Tort Claims Act, 28 USC28, § 2680 (h).

(3) RJ Pierce Jr, Administrative Law Treatise, op. cit., p.878-9.

(4) ibid 866.

(5) City of long Beach v Mansell 476 p2d 423 (1970) Cal Supreme Ct, in Bank).

## المبحث الثاني

## مبدأ عدم جواز أن يضع أحد نفسه فى موضع التناقض مع مسلكه السابق

## venire contra factum proprium

من المسلم به أن أفضل طريقة لتفسير مسلك ونية الأطراف- وكذلك أيضا مشروعية مسلكهم فى ظل القانون-هو النظر إلى ما صدر عنهم، حقيقة، من قول أو فعل. وفى هذا السياق، يُشار إلى أن المحكمة العليا الأرجنتينية، قد قضت بأن "مبدأ أفعال الشخص ذاته" "doctrine of one's own acts" يرتبط بمبدأ حسن النية، وأن كلا المبدأين يشكلان، معا، المبادئ الأساسية للنظام القانونى الأرجنتينى. كما قررت المحكمة أن " أحد نتائج مبدأ حسن النية يتمثل فى أن لكل مواطن الحق فى التمسك بحقيقة ما صدر عن الآخر، وفى السلوك المتسق والأمين من جانب الآخرين، سواء كان هؤلاء الآخرون هم الأفراد أم الدولة ذاتها".

ولذلك، يرفض القانون العمل المتناقض الناشئ عن عدم أمانة. ويُعبَر عن هذه القاعدة من خلال القول المأثور venire contra factum proprium non valet الذى يعكس البعد الأخلاقى العميق لمبدأ حسن النية. وقد أكدت المحكمة ،أيضا، أنه من الضرورى أن يُتطلب من الأفراد التصرف أو السلوك بطريقة متسقة coherently ،وذلك من أجل إمكان المحافظة على الثقة فى الآخرين.

يجد مبدأ Venire جذوره في **القانون الألماني**[1]. وقد تبني القانون الأسباني المبدأ[2]، ومنه انتقل إلى بعض دول أمريكا اللاتينية[3]. ولا يتأسس مبدأ Venire على الثقة reliance– كما هو الحال بالنسبة لمبدأ estoppel– ولكن يتأسس على بعض المبادئ الأخلاقية. ويمنع مبدأ Venire أحد الأطراف من التراجع– في إطار علاقة قانونية معينة عن مسلك، تم تحديده بوضوح، اتخذ بعد تأن وروية، إذا كان مثل هذا التراجع سيشكل خروجًا على مبدأ حسن النية good faith.

وهكذا، فإن مبدأ Venire لا يُطبق إلا إذا توافرت الشروط التالية:

١. يجب أن يكون المسلك السابق مشروعًا، وواضحًا، ومتعمدًا.

٢. يجب أن يكون المسلك السابق والدعوى اللاحقة غير متطابقين

---

(1) The work of E Riezler, Venire Contra Factum Proprium (1912), has been cited as the starting point of the modern form of the doctrine, which is based on medieral glossators, see L Diez- Picazo Ponce de Leon, La Doctrina de los Propios Actos (1963) 87.

(2) The two main works are J Puig Brutau, Estudio de Derecho Comparado (1961) 97- 136 and L Díez-Picazo Ponce de León, La Doctrina de los Propios Actos, ibid.

(3) HA Mairal, La Doctrina de los Propios Actos y la Administracion Publica (1988); MF Ekdahl Escobar, La Doctrina de los Actos Propios. El Deber Juridico de no Contrariar Conductas Propias Pasadas (1989); F de Trazegnies, 'La Verdad Construida' (2005) 2 (5) Trans Disp Man 2 (on Peruvian Law).

incompatible بصورة متبادلة، وأن ينطوي الأمر على إخلال بحسن النية.

٣. يجب ألا تكون هناك قاعدة قانونية تُجيز مثل هذا التناقض.

وكما هو الحال بالنسبة estoppel، ثار التساؤل بشأن ما إذا كان يمكن تطبيق مبدأ Venire على الحكومة. وفي ظل اشتراط أن يكون السلوك المبدئي مشروعًا، طبقت العديد من **المحاكم الأسبانية** المبدأ في إطار علاقات القانون العام[1]. وفي **كولومبيا**، يَبين من قرارات المحكمة الدستورية وConsejo de Estedo– استنادًا إلى مبدأ حسن النية– أن مبدأ venire قابل للتطبيق ليس فقط على العقود الإدارية، ولكن أيضًا على القرارات الإدارية، الصادرة بالإرادة المنفردة، التي تنشئ مراكز قانونية موضوعية لصالح أحد الأفراد[2]. وقد قررت **محكمة أرجنتينية** أن مبدأ Venire يجب أن يُطبق– بدرجة أعظم من التأكيد– على الإدارة. وفي **البرازيل**، استُخدام مبدأ Venire للاعتراف بحقوق الملكية الخاصة على الأراضي المكتسبة من الحكومة، حيث سعت الإدارة– بعد عقود عدة، إلى إعلان بطلان هذا الاكتساب بسبب مخالفة

(1) See J Gonzalez Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo (5th edn, 2009) 237-71.

(2) Corte Constitucional, T-475/92, 29 July 1992; Consejo de Estado, Sala de Io Contencioso Administrativo, Seccion Quinta; Case No 52001-23-31-000-2005-01400-01 (3853), 9 March 2006.

قانونية سابقة[١]. وفي أرجواى، طُبق مبدأ Venire في إطار العلاقات بين الحكومة ودافعي الضرائب[٢]. ويمكن أيضًا تطبيق مبدأ Venire في حالة التوقعات النابعة من الوعود الإدارية غير الرسمية، لأن تطبيق هذا المبدأ لا يتطلب "عملاً قانونيًا رسميًا a formal jurdicial act"[٣].

---

(1) See Asociacion Bancaria SEB v Banco Gentral de la Rpublica Argentina 200B-DT 1580. see also A Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo (9th edn, 2007) Vol. 3, Ch VIII, 10-11.

(2) Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial No 47, 015 (94.011462-1), Sao Paulo (16-10-1997).

(3) J Betgstein, La Regla del Acto Propio en las Relaciones entre el Fisco y el Contribuyente (2008).

## المبحث الثالث

## المقارنة بين المبادئ السابقة

من الواضح أنه توجد خيوط مشتركة بين مبدأي estoppel، Venire **من ناحية**، ومبدأ التوقعات المشروعة **من ناحية أخرى**. ففي ظل هذه المبادئ الثلاثة، تتعرض توقعات أحد الأطراف للإحباط نتيجة مسلك جديد صادر من الطرف الأخر. وكما قضت **محكمة أسبانية**:

"إن عدم قبول الآثار الملزمة النابعة من مسلك الشخص ذاته يشكل مخالفة للتوقعات المشروعة للأطراف الأخرى"(١).

ومن الواضح أن الحاجة لحماية حسن النية تمثل، أيضًا، عنصرًا مشتركًا في المبادئ الثلاثة(٢). ولذلك، فقد توصل **القانون السويسري** إلى حلول مشابهة لمبادئ: عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel، ومبدأ Venire، والتوقعات المشروعة، من خلال تطبيق مفهوم حسن النية bonne foi. حيث قضى بأن مبدأ حسن النية يكون قد تعرض للانتهاك نتيجة عدم احترام الوعود والسلوك غير المتسق الصادر من الدولة inconsistent

---

(1) Judgment of Administrative Chamber of the Supreme Tribunal, 17 December 1998 (Ar 10, 219), cited by J Gonzélez Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, op. cit., p. 240.

(2) cf S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 227-45.

state conduct[1]. ومع ذلك، يلاحظ أن حماية التوقعات المشروعة أضحت تتم، حديثًا، من خلال الاستناد على المادة الرابعة من الدستور السويسري. ومن ثم، لم تعد تتم الإشارة إلى مبدأ حسن النية إلا على سبيل التكرار اللغوي المحض، بهدف تأكيد مبادىء أخرى[2].

ومن الملاحظ أنه يتم التركيز، بصفة خاصة، في ظل مبدأ Venire، على حسن النية، بينما يتأسس مبدأ estoppel by representation ، بصفة رئيسية، على الثقة الضارة detrimental reliance. أما بالنسبة للتوقعات المشروعة، فتتبع من أن مفهوم الأمن القانوني يعد أحد عناصر حكم القانون the rule of law[3]. وتبدو الفروق الأساسية في الحاجة إلى الموازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة ذات الصلة. حيث تكون هذه الحاجة متطلبة، بصفة أساسية، في حالة التوقعات المشروعة. أما بالنسبة لعناصر الثقة وتغير الوضع– التي تعد عناصر مهمة في ظل مبدأ estoppel– فإنها ليست متطلبة في ظل مبدأ Venire، ولا تكون حاضرة، دائمًا، لدى حماية التوقعات المشروعة في ظل الأنظمة القانونية الوطنية والأوربية[4].

---

(1) A Grisel, Traité de Droit administrative (1984) Vol. 1, 390-8.

(2) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. Cit., p. 323-4.

(3) J Schwarze, European Administrative Law, op. cit., p. 867.

(4) For the EU, see P Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU; Procedures and Principles (2004) 362. For the UK see R (Bibi) v Newbam London Borough Council (2002) 1 WLR 237. See also Lord Hoffmann in R (Bancoult) v Secretary of State

=

ويُلاحظ أنه عندما يكون المبدأ القانوني مرنًا وقابلاً للتكيف والتطـــور، فإنه يميل نحو استيعاب القواعد الموجودة سلفًا. ولعل هذا ما يفسر ذكر مبـــدأ Venire في قضايا كانت تُحل، من قبل، من خلال تطبيق قواعد أخرى، مثل احترام الحقوق المكتسبة أو احترام مسلك الأطراف في تفسير العقد[1]. ويمكن إبداء ذات الملاحظة بالنسبة لمبدأ التوقعات المشروعة، حيث طُبق المبدأ فـــي حالات كانت تنطوي على سن للقواعد اللائحية بأثر رجعي[2]. وفي قـــضايا الاستثمار الدولي، ذكر مبدأ التوقعات المشروعة بالمخالفة للمراكز العقدية[3].

ويمكن القول، إن مبدأ التوقعات المشروعة يجب أن يعمل- سواء علـــى المستوى الوطني أم على المستوى الدولى- كنظرية تكميليـــة، a residual theory. ولذلك، فإن المبدأ لا يغطي سوى الحالات التي لا تخضع لحمايـــة القواعد الأخرى الأكثر رسوخًا التي تحمي الحقوق، سواء كانت هذه القواعد نابعة من العقد أم من قرار إداري تم العدول عنـــه لاحقًـــا be revoked، أم تعلق الأمر بحقوق مكتسبة لا يمكن المساس بها، بأثر رجعي، بواسطة تشريع جديد. وهكذا يُلاحظ أن مبدأ التوقعات المشروعة يعد أداة مفيدة تمكن المحاكم من التوصل إلى نتيجة عادلة، بصفة رئيسية، في المواقف التي لا تكفل فيهـــا

=

for Foreign and Commonwealth Affairs (No 2) (2009) 1 AC 453, Para 63; P Cane, Administrative Law (4th edn, 2004) 215.

(1) HA Mairal, La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública, op. cit., 94- 132.

(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 22, talks of the 'over use' of the legitimate expectations doctrine.

(3) BG Group v Argentina, op. cit., para 310.

القواعد- المشار إليها أنفا- حلاً للمعاملة غير العادلة من جانب الدولة لأحـد الأطراف الأخرى.

## الفصل الرابع

## الوعود الإدارية غير الرسمية

## *Informal Administrative Representations*

يمكن تعريف الوعود الإدارية غير الرسمية بأنها "الإعلانات الإدارية- الصريحة أو الضمنية- التي تتضمن تقريرًا لواقع أو قانون أو تعبيرًا عن الإرادة، والتي لا يمكن تكييفها باعتبارها قرارات أو تحديدات نهائية"[1].

وفي **إنجلترا**- كما هو الحال في **الاتحاد الأوربي**- يجب أن تتوافر الشروط التالية لحماية التوقعات المشروعة التي تنبع من الوعود الإدارية غير الرسمية:

١. يجب أن يكون هناك وعد- أو تعهد أو إعلان أو تأكيد- واضح وغير غامض.

٢. ألا يكون بمقدور الشخص- الذي يثير التوقعات المشروعة- توقع احتمال تغير مضمون الإعلان أو الوعد الإداري.

٣. يجب أن يكون المخاطب بالإعلان أو الوعد قد كشف عن كل الحقائق ذات الصلة.

٤. يجب ألا تنطوي حماية التوقعات المشروعة على منح ميزة غير عادلة.

---

(1) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 107, note 1.

٥. يجب ألا يكون من نتيجة الموازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة ذات الصلة التضحية بالأخيرة لصالح الأولى.

وعلى الرغم من عدم وضوح التمييز بين القرارات الإدارية الرسمية والوعود الإدارية غير الرسمية في بعض الحالات، فإن هذا التمييز يظل بالغ الأهمية.

وهذا التمييزيتم إثباته لمصلحة الطرف الأضعف، حيث تُمنح التوقعات المشروعة، النابعة من الوعود غير الرسمية- في القانونين الإنجليزي والأوربي- عادة، عندما يتم مقارنتها بمخالفة المراكز العقدية breach of contract situations:

١. يجب على الطرف الذي يتمسك بالوعد غير الرسمي أن يُثبت أن التوقع المشروع كان معقولاً في ظل الظروف (وهذا العامل يُؤخذ، عادة، باعتباره مسلمًا به في العلاقة العقدية).

٢. تُتطلب الثقة reliance، عندما تُثار الوعود غير الرسمية، ولكن ليس في قضايا مخالفة العقد.

٣. يُلاحظ أن مبالغ التعويض التي يُمكن المطالبة بها من جانب الطرف الذي تعرضت توقعاته للإحباط تكون، عادة، أقل من تلك التي يتم منحها في حالة مخالفة العقد a contract breach، لأن الأولى لا تشمل الربح الفائت.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، يُلاحظ أن المحكمة العليا التي ظلت رافضة، حتى الآن، تطبيق مبدأ عدم جواز التناقض إضرارًا بالغير estoppel في مواجهة الحكومة الفيدرالية، قد تبنت قضاءً مختلفًا تمامًا، عندما تكون الثقة مستندة على عقود contracts أو صفقات كانت الحكومة طرفًا فيها، حتى في ضوء القوانين الفجائية أو غير المتوقعة supervening laws التي تتضمن تغييرًا لمثل هذه الصفقات على نحو ضار بالأطراف الخاصة(1).

وبالمثل، في حالة القرارات الإدارية الرسمية التي يتم العدول عنها be revoked لاحقًا من جانب الحكومة، تكون الحماية، عادة أكثر قوة مقارنة بحالة الوعود غير الرسمية. حيث يكون من النادر احترام الوعود غير الرسمية إذا كانت غير مشروعة (هذا إذا تم احترامها على الإطلاق).

بينما تعد القرارات الإدارية الرسمية- غير المشروعة- غير قابلة للعدول عنها (محصنة) irrevocable في بعض القوانين الوطنية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي، وكذلك في القانون الأوربي. وحتى إذا كانت هذه القرارات الأخيرة قابلة للعدول عنها، فإن هذا يتم مقابل ضمان الحق في التعويض(2).

---

(1) US v Winstar Corp et al 518 US 839 (1996). See RJ Pierce Jr, Administrative Law Treatise, op. cit., p. 876.

(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 89-101, 182-216 and rables, at 240 et seq.

# الفصل الخامس

## معقولية التوقعات

## *The Reasonableness of the Expectations*

لا تُكفل الحماية للوعود غير الرسمية إلا إذا كانت معقولة reasonable. وقد صنف الأستاذ Søren Schønberg المواقف التي تُكفل فيها حماية التوقعات المشروعة النابعة من وعود غير رسمية إلى ثلاثة:

**١- الوعود الفردية الموجهة إلى فرد أو مجموعة صغيرة:**

حيث تُعد الحماية المكفولة في مواجهة قرار جديد- يمثل إحباطًا لهذه الوعود- في أقوى صورها.

**٢- الوعود العامة التي يتم الإخلال بها في حالات معينة:**

حيث تتبع الحماية، بصفة رئيسية، من مبدأ المعاملة المتماثلة equal treatment.

**٣- الوعود العامة التي يتوقف الالتزام بها نتيجة تغير في السياسة أو الممارسة:**

حيث تعد الحماية، في هذه الحالة، في أضعف صورها[1].

والحقيقة أنه توجد عوامل متعددة تسهم في تحديد ما إذا كان توقع معين

---

(1) Ibid 107.

معقولا، ومن ثم مشروعًا[1]. من ذلك، أن المسلك- الوعد أو التعهد أو التأكيد- يجب أن يكون صادرًا من الدولة. كما يجب أن يكون هذا المسلك واضحًا، ومشروعًا من حيث المبدأ. وبالإضافة إلى ذلك، توجد عوامل أخرى ذات صلة مثل: شكل الوعد، والعبء المفروض على الطرف الذي وثق في الوعد الإداري غير الرسمي نتيجة إحباط توقعه، ومسلك الأطراف، ومدى إمكان توقع إحباط التوقع المشروع، والموازنة بين المصالح العامة والخاصة ذات الصلة.

وسيتم، فيما يلي، تناول هذه العوامل ببعض التفصيل مع التمييز بين الوضع في القوانين الوطنية وقانون الاتحاد الأوربي **من ناحية**، والوضع بالنسبة لتحكيم الاستثمار الدولي من **ناحية أخرى**، وذلك لأن هذه المسائل، وإن كانت متشابهة، إلا أنها تتطلب معالجة مختلفة.

(1) See Lord Fraser of Tullybelon in attorney-General of Hong Kong v Ng Yuen Shiu (1983) 1 AC 629, 636.

## المبحث الأول

## الجهة المصدرة للوعد غير الرسمي

## The Author of the Informal Representation

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

يتمثل المتطلب المتعلق بالجهة المصدرة للوعد في وجوب أن تكون هذه الجهة سلطة عامة أو موظفًا حكوميًا يتصرف في إطار السلطات المخولة له. ومن ثم، فإن "التوقع المشروع لا يمكن أن يَستند على نشاط انفرادي من جانب الطرف الذي تولد لديه التوقع"(١).

كما أن الوعود غير الرسمية- التي تصدر من موظف يتصرف خارج حدود اختصاصه ultra vires-لا تحظى بالحماية في ظل قانون الاتحاد الأوربي: ذلك، أنه لكي ينشأ توقع مشروع، يجب "أن يصدر الوعد من مصدر مأذون له بإصدار الوعد وموثوق به"(٢).

وذات القاعدة تنطبق، في إنجلترا، مع استثناء محتمل عندما يكون هناك تفويض a delegation يمكن استنباطه من تسامح السلطة المختصة مع

(1) Case T-107/02 GE Betz Inc v Office for Harmonization in the Internal Market (2004) ECR. II-1845, Judgment, 30 June 2004.

(2) Case T-20/03 Kahla Thüringen Porzellan GmbH v Commission, op. cit., para 146.

الموظف التابع لها (الذي صدر منه المسلك) [1].

ومن المنطقي أنه كلما كانت رتبة الموظف الذي أصدر الوعد أعلى، كلما كانت الثقة التي وضعها الطرف الخاص في الوعد أكثر معقولية. ولذلك، ذكرت الرتبة العالية (وزير) للموظف الذي تصرف لصالح الإدارة، في عملية بيع أراضي، في قضية برازيلية- كسبب إضافي لرفض طلب الإدارة اللاحق لإلغاء عملية البيع[2].

بيد أن السؤال الذي يُثار، في هذا السياق، هو: هل يمكن التمسك بالتوقع المشروع في مواجهة سلطة عامة غير تلك التي أدى مسلكها إلى توليد هذا التوقع؟ لقد كان هذا السؤال محلاً للمناقشة في قضية BAPIO، حيث قبلت الأغلبية مبدأ عدم قابلية التاج (السلطات العامة) للتجزئة the principle of indivisibility of the crown، وإن كان ذلك في مواجهة رأي قوى برفض[3][4].

---

(1) P Cane, Administrative Law, op. cit., 194-6; SA De Smith et al, Judicial Review of Administrative Action, op. cit., p. 569.

(2) See also Superior Tribunal de Justica, Recurso en Mandado de Seguranca No 6183-MG (Reg 95444763) (14-11-1995).

(3) R (BAPIO Action Ltd and anor) v Secretary of State for the Home Department and anor (2008). LAC 1003, 1018 and 1015-17, respectively. See CSJ Knight, "Expectations in Transition: Recent Development in Legitimate Expectations" (2009) Public Law 15.

(4) S De Smith et al, Judicial Review of Administrative Action (6th
=

ويُلاحظ أن ذات المبدأ– وحده السلطات العامة المختلفة principle of the unity of different public authorities– مأخوذ به، أيضًا، في ألمانيا[١]، وفي أسبانيا بضوابط معينة[٢].

## المطلب الثاني
## في قضايا الاستثمار الدولى

يمكن القول إن متطلب أن يكون الوعد نابعًا من مسلك منسوب إلى الحكومة ضروري، أيضًا، في قضايا الاستثمار الدولي[٣]. ومع ذلك، فإن متطلب أن يكون مُصدر الوعد قد تصرف في حدود السلطات المخولة له لا يُطبق، بصورة صارمة، في قضايا الاستثمار الدولي[٤]، وذلك لأسباب

---

edn, 2007) para 12-032, cited in the BAPIO dissent, op. cit., 1017.

(1) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 411–13.

(2) See J González Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, op. cit., p. 251, cited in Stephan W. Schill, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, 2010.

(3) ADF Group Inc v US ICSID, op. cit., para 189.

(4) LG&E v Argentina, See eg LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, LG&E International Inc v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para 130; Thunderbird dissent (Case C-17/03 Vereniging voor Energie, Milieu en Water v Directeur van de Dienst uitvoering en

=

سيتم تناولها لاحقًا[١].

ففي قضية Azurix v. Argentina، أخذت المحكمة في اعتبارها "مستوى الوظائف التي يشغلها الأشخاص" the level of the positions "held by the persons" الذين وقعوا وثيقة معينة، وذلك لتحديد الأهمية الملائمة لهذه الوثيقة[٢]. وبالإضافة إلى ذلك، يُلاحظ أنه كلما كثر عدد الموظفين الحكوميين الذين قدموا الوعد، كلما كان وضع الثقة في هذا الوعد أكثر معقولية[٣].

على أن ثمة مشكلات خاصة يمكن أن تثور في قضايا الاستثمار الدولى، لاسيما بالنسبة للدول التي تتعدد فيها جهات التقاضي multi jurisdictional countries، حيث يمكن أن تكون هناك طبقات أو مستويات متعددة من السلطات ذات الاختصاص القضائي (المشترك): سواء على المستوى الفيدرالي، الولايات، الإقليمي، المحلي. والقاعدة الأساسية في هذا الخصوص، هي أن الدولة تكون مسئولة عن انتهاكات التزاماتها الدولية الناشئة عن

---

toezicht energie [2005] ECR I-4983, Judgment, 7 June 2005, cited in International Thunderbird Gaming Corp v United Mexican States UNCITRAL/NAFTA, 26 January 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde,) para 93.

(١) سيرد ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل.

(2) Azurix Corp v Argentine Republic ICSID Case No ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para 176.

(3) Metalclad v Mexico, op. cit., paras 32–34; MTD v Chile, op. cit., para 165.

نشاط- أو عدم نشاط- أي من سلطاتها السياسية المحلية[1]. ومع ذلك، يمكن أن تنشأ بعض المشكلات عندما يكون هناك استثمارات معينة مرحبًا بها على المستوى الفيدرالي أو على مستوى الولايات، ولكن ليس مرحبًا بهـا علـى المستوى المحلي، حيث يمكن أن يُشعر بالآثار السلبية لهـذه الاسـتثمارات- التلوث على سبيل المثال- بصورة أكثر قوة. ولذلك، قُـضى، فـي قـضية MTD v Chile، بأن المدعي عليه مسئول عـن المعاملـة غيـر العادلـة للمستثمر (المدعي)، نظرًا لأن المدعي عليه "قد أعطي موافقة على اسـتثمار على نحو مخالف لسياسة الدولة ذاتها". ويَرجع ذلك إلى أنه يقع على عـاتق الدولة المضيفة أن تقدم المشورة الملائمة للمستثمر بشأن التراخيص المختلفة اللازمة لتنفيذ المشروع[2].

(1) American Law Institute, Restatement of the Láw Third, The Foreign Relations Law of the United States, § 207. See also Azurix v Argentina, op. Cit., para 50.

(2) "approved an investment against the policy of the State itself ", MTD v Chile, op. cit., para 166.

## المبحث الثاني

## مضمون الوعد غير الرسمي

## The Content of the Informal Representation

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

في **الأنظمة القانونية الوطنية**، يمكن أن يتمثل مضمون الإعلان أو التأكيد غير الرسمي Informal Representation، في وعد a promise، أو تعهد an undertaking، أو تصريح statement، أو معلومات مقدمة إلى أحد الأشخاص[1]. ومن الواضح أن الإعلان أو التأكيد- أيًا كان مضمونه- يجب أن يكون مفيدًا لمن يثيره أو يتمسك به[2]. ومن ثم، فإن المتطلب الرئيس، في هذا الخصوص، هو أن يكون الإعلان أو التأكيد واضحًا وغير غامض. ويُلاحظ أن هذا المتطلب يجب توافره، أيضًا، بالنسبة لمبدأي estoppel, venire[3]. ولكن عندما تكون اللغة المستخدمة واضحة، فإن

---

(1) E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle, op. cit., p. 32.

(2) ibid 35.

(3) SA De Smith et al, Judicial Review of Administrative Action, op. cit., p. 573. cf J García Luengo, El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo, op. cit., 49–50 (declaration written in confusing terms held binding on the administration).

السلطات العامة لا يكون بمقدورها، إحباط التوقع المشروع- المستند على هذه اللغة- من خلال إعطائها معنىً سريًا أو اصطناعيًا[١].

وتنطبق ذات القاعدة السابقة في إطار قانون الاتحاد الأوروبي. ولذلك يَلزم، حتى يمكن القول بتولد أو نشوء توقع مشروع، أن تُصدر الإدارة "تأكيدًا دقيقًا ومحددًا "a precise and specific assurance[٢]. ومع ذلك، فعندما يكون النص التشريعي قابلاً لأكثر من تفسير، فإنه "لا يمكن التمسك بتوقع مشروع بأن تفسيرًا معينًا هو التفسير الصحيح"[٣]. وبالمثل، فإن القرار الذي يأخذ في الاعتبار الوضع السائد في السوق في تاريخ معين، وبالتالي يعد ساريًا بالنسبة لهذه الفترة الزمنية، لا يمكن أن يُولد توقعًا مشروعًا باستمراره بعد انتهاء هذه الفترة[٤].

وثمة جانب مهم يتمثل فيما إذا كان الإعلان أو التأكيد الإداري نابعًا من قرار عام a general decision أو قرار فردي an decision

(1) P Craig, Administrative Law , op. cit., p. 670.

(2) Kahla v Thüringen Porzellan GmbH, op. cit., para 146; S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 120.

(3) "where a legislative provision is open to more than one interpretation, there is no legitimate expectation that any particular interpretation is the correct one...", P Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU: Procedures and Principles, op. cit., p. 358.

(4) Case T-332/06 Alcoa Trasformazioni Srl v Commission, Judgment, 25 March 2009, para 107.

individualized، وذلك لأنه يُلاحظ أن وجود توقع مشروع، لدى مواجهة قرار عام، يكون أكثر صعوبة، مثل إعلان سياسة معينة announcement of a policy[١].

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

يمكن القول إن القاعدة- المشار إليها في المطلب السابق- تعد، من حيث المبدأ، متطلبة في قضايا الاستثمار الدولي. ومن ثم، يجب أن يكون الوعد دقيقًا وغير غامض precise and unambiguous[٢].

ومع ذلك، فإن موقف محاكم التحكيم نحو الغموض الرسمي لم يكن متسامحًا بذات الدرجة التي تبديها المحاكم الوطنية. ولذلك، قضت محكمة التحكيم- في قضية Tecmed v Mexico :

"بأن المستثمر الأجنبي توقع من الدولة المضيفة أن تسلك مسلكًا

(1) See R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan [2001] QB 213. See also S Schønberg and P Craig, 'Substantive legitimate expectations after Coughlan' [2000] Public Law 684. cf E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 36–8.

(2) Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States ICSID Case No ARB(AF)/99/1 (NAFTA), Award, 16 December 2002, paras 123–127.

متسقا، وخاليًا من الغموض، وأن تتحرى الشفافية الكاملة فـي علاقاتهـا معه..." [1].

وفي بعض الحالات، قد يكون من الملائم تطبيق- في إطار منازعـات القانون العام- قاعدة القانون الخاص التي تضع عبء اللغة غيـر الواضـحة على عاتق من استخدمها، كما أشار إلى ذلك القاضي Thomas Wälde، في رأيه المعارض، في قضية Thunderbird [2]. وقد استنبطت المحكمة- فـي

(1) "[T]he foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. ", Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. (TECMED) v United Mexican States, ICSID Case No. ARB/AF/00/2, para 154 (29 May 2003) (emphasis added). See also, MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Republic of Chile, Case No. ARB/01/7, Award, Section 4 (25 May 2004); Occidental v Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Award (1 July 2004); PSEG Global Inc. v Republic of Turkey ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007); CME Czech Republic BV v Czech Republic 14(3) World Trade and Arb, Mat. 109 (13 September 2001); Enron v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (22 May 2007).

(2) Thunderbird dissent, op. cit., para 88. For the private rule of contra proferentem, see K Lewison, The Interpretation of Contracts (2nd edn, 1997) 168–74, although noting that in the case of

=

قضية Metalclad v Mexico– من الإشارة إلى "الشفافية في الفقرة الأولى من المادة (١٠٢) من اتفاقية NAFTA "واجب السلطات في توضـيح كـل أوجـه سـوء الفهـم" the duty of authorities to clarify misunderstandings[١]. وبالمثال، وصفت المحكمة، في قضية Azurix v Argentina، أحد التصريحات الرسمية بأنه "مـضلل" evasive، ولـذلك، انحازت المحكمة– بسبب عدم وضوح هذا التصريح الرسمي– إلى التفـسير الذي يتمسك به المدعي[٢]. وقد تم التوصل إلى نتيجة مـشابهة فـي قـضية Occidental v Ecuador، حيث اعتبرت الإجابة التي قدمتها الحكومة على استـشارة قـدمها إليهـا أحـد المـستثمرين" غيـر مرضـية وغامـضة" 'unsatisfactory and thoroughly vague'[٣].

---

Crown grants the rule is the opposite.

(1) Metalclad v Mexico, op. cit., para 76.

(2) Azurix v Argentina, op. cit., para 91.

(3) Occidental Exploration and Production Co v Republic of Ecuador LCIA Case No UN3467, Final Award, 1 July 2004, para 184.

## المبحث الثالث

## مشروعية وصحة الإعلان أو التأكيد

## The lawfulness and Correctness of the Representation

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

تبدو القاعدة السائدة في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربـــي- واضحة، وهي عدم جواز تولد توقع مشروع مـــن إعـــلان أو تأكيـــد غيـــر مشروع[1]. ويُلاحظ أن هذه القاعدة كانت المبرر الرئيس الذي تمـــسكت بـــه **المحكمة العليا الأمريكية** في قضية Federal Crop Insurance v Merrill [2]. ومع ذلك، يُقام التمييز، في القانون الإنجليزي، بين الخطأ الموضـــوعي substantative error- الذي لا يمكن أن يُفـــسح المجـــال لتطبيـــق مبـــدأ

(1) Cases T-254/00, T-270/00, and T-277/00 Hotel Cipriani SpA v Commission [2008] ECR II-3269, para 392, Judgment, 28 November 2008; see also Case C-145/06 Omya AG v Commission [2009] ECR II-145, para 117, Judgment, 4 February 2009; S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 150; W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 200–1; P Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU: Procedures and Principles, op. cit., p. 357–8.

(2) Federal Crop Insurance v Merrill 332 US 380 (1947).

estoppel في مواجهـــة التـــاج (الـــسلطة العامـــة)- والخطـــأ الإجرائـــي procedural errors الذي يمكن أن يسمح بتطبيق مبدأ estoppel في بعض الأحيان(١).

على أن القاعدة- التي ترفض كفالة الحمايـــة للتوقعـــات النابعـــة مـــن الإعلانات أو التأكيدات غير المشروعة- قد تعرضت للنقد، بـــسبب تـــشددها المبالغ فيه، وعدم أخذها في الاعتبار عدم العدالة في معاملة الأفراد(٢). ومن ثم، يمكن- في **هولندا**- التمسك بالتعليمات والمنشورات instructions and circulaires التي تخالف قاعدة قانونية في مواجهـــة الإدارة، شـــريطة ألا يترتب على ذلك المساس بمصالح الغير(٣).

**وفي بعض الدول، توجد قرينة على مـــشروعية القـــرارات الإداريـــة**

---

(1) Lever Finance Ltd v Westminster (City) London Borough Council [1971] 1 QB 222, in which Lord Denning cited his previous decision in Wells v Minister of Housing and Local Government [1967] 1 WLR 1000, 1007. See also P Cane, Administrative Law, op. cit., p. 196–7; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 680.

(2) M Elliott, 'Unlawful Representations, Legitimate Expectations and Estoppel in Public Law' (2003) 8(2) Judicial Review 71, 80; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 682–91. For a view supporting the rule, see S Hannet and L Busch, 'Ultra Vires Representations and Legitimate Expectations' [2005] Public Law 729.

(3) J-M Woehrling, 'Le Principe de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux' , op. cit., p. 830.

الرسمية[1]. وهذه القرينة تقوم، ليس فقط لمصلحة الإدارة، ولكن أيضًا لمصلحة الأطراف الخاصة التي تتمسك بها[2]. بيد أن الأمر يبدو أقل وضوحًا بالنسبة للنصائح الإدارية غير الرسمية، لأن هذه النصائح لا تشكل " قرارات إدارية" administrative acts. ومع ذلك، فإن هذه النصائح التي تُسديها الإدارة يمكن أن تفسح المجال لتولد توقع مشروع، خاصة عندما لا يكون ثمة مبرر للطرف الخاص للتشكك في صحة هذه النصائح.

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

يمكن القول إن مشروعية وصحة الإعلان أو التأكيد- الصادر من الإدارة- يعد أحد المسائل التي يظهر فيها الاختلاف، بين القضاء الوطني والقضاء الدولي، أكثر وضوحًا. ذلك، أن تطبيق القواعد الوطنية على

---

(1) For France see Y Gaudemet, Traité de Droit Administratif (16th edn, 2001) Vol 1, 649; for Spain, see Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, op. cit., Art 57 and E García de Enterría and T Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo (8th edn, Editorial Civitas, 1997) Vol 1, 570; for Argentina, see Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, Art 12; and A Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, op. Cit., Vol 3, Ch V, 20–4.

(2) O Ranelletti, Teoria Degli atti Amministrativi Speciali (7th edn, 1945), p. 127.

القرارات الإدارية الباطلة void administrative decisions، في قضايا الاستثمار الدولي، يتناقض مع القاعدة المسلم بها في القانون الدولي- التي تقرر أن الدولة لا يجوز لها أن تتذرع بقوانينها الوطنية كدفاع عن انتهاكها لالتزاماتها الدولية. وقد طُبقت هذه القاعدة- المتضمنة في المادة (٢٧) من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات- في العديد من المنازعات الدولية[١].

ويكفل الحل- الذي يوفره القانون الدولي- وسيلة للتغلب على صعوبة الأخذ في الاعتبار الثقافة القانونية المحلية، في الدول التي توجد فيها اختلافات كبيرة بين "القانون كما هو موجود في الكتب"، والقانون كما يتجسد في الممارسة الواقعية. ويسمح هذا المبدأ للمحكمين الأجانب بتجنب البحث في مشروعية الأنشطة التي يمكن أن تعتبرها السلطات أو المحاكم، في الدولة المضيفة، غير مشروعة. ويبدو هذا مفيدًا، بصفة خاصة، في المواقف التي تتمثل فيها الأنشطة- التي تُوصف بأنها غير شرعية- في مواقف الحكومات السابقة. ولا يتفق النظام الجديد مع هذه المواقف لاعتبارات سياسية. حيث يفضل النظام الجديد تكييف هذه المواقف باعتبارها غير مشروعة مقارنة

(1) See eg Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd v Arab Republic of Egypt ICSID Case No ARB/84/3, Award on the Merits, 20 May 1992, paras 82–83; LG&E v Argentina, op. cit., para 94. See also American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States§ 115 comment (b), citing Treatment of Polish Nationals in Danzig Advisory Opinion, 4 February 1932, PCIJ Series A/B, No 44, p 22.

بالاعتراف بالالتزام بتعويض المستثمر. ويمكن أن يُطلق على هذه الطائفة من المواقف "طائفة البطلان السياسي" 'political nullity' category[1].

والسؤال الذي يُثار في هذا السياق هو، هل تمتد قاعدة القانون الدولي التي تحمي العقود غير القانونية والقرارات الإدارية الرسمية، في قضايا الاستثمار الدولي، لتشمل الإعلانات أو التأكيدات أو الوعود الإدارية غير الرسمية؟ ثمة من يذهب من الكتاب إلى أن القاعدة المقترحة- في الرأي المعارض في قضية Thunderbird- يمكن تبنيها:

"يجب أن تكون الإعلانات والتأكيدات التفسيرية- وغيرها من الإعلانات والتأكيدات الرسمية- مشروعة، أي يجب أن تكون صادرة من الموظفين المختصين، وألا تكون- على الأقل من منظور الرجل الحريص (المتلقي لهذه التأكيدات أو الإعلانات)- مخالفة للقانون"[2].

---

(1) See Argentine examples in HA Mairal, 'Foreign Investments and Municipal Laws: The Argentine Experience' (1989) 4 Conn JIL 641–6.

(2) "Interpretative and similar official assurances and representations must be "legitimate" that is, they must be issued by competent officials and not, at least from the due-diligence horizon of the recipient, be against the law ", Thunderbird dissent, op. cit., para 93.

## المبحث الثالث

## شكل الإعلان أو التأكيد

## The form of the Representation

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

تقدم القول إن الإعلانات أو التأكيدات غير الرسمية يمكن أن تأخذ أشكالا متعددة. ومن هذه الأشكال مجرد الصمت mere silence ، أو التسامح في سلوك معين tolerance of a course of conduct، أو أراء شفهية أو مكتوبة oral or written opinions، أو إعلانات النوايا أو السياسة statements of intent or policy. ففيما يتعلق بالقانون الإنجليزي، يذهب الأستاذ Snodgrass إلى أن الإعلانات أو التأكيدات يمكن أن تنشأ من "طائفة واسعة من أوجه السلوك الحكومي"، أي الأفعال الصريحة أو الضمنية أو السلوك الحكومي، سواء كان هذا السلوك موجهًا- بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى الشخص الذي يثير التوقع المشروع[1].

بيد أنه نتيجة لمتطلب الوضوح- المشار إليه أنفا- فإن الصمت أو عدم

(1) E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 32–7.

الفعل لا يعد، عادة، كافيًا لتوليد التوقعات المشروعة. ومن ثم، يُتطلب، بصفة عامة، مسلك إيجابي من جانب الإدارة[1]. ولذلك، رفضت محكمة أسبانية قبول أن التوقع المشروع يمكن أن ينشأ من مجرد حقيقة أن الطرف الخاص- الذي يطالب بحقه في اعتباره خلفًا لأحد أصحاب الامتياز a concessionaire- قد قام بدفع الضرائب القابلة للدفع بواسطة سلفه[2].

وفي قضية Argentina Maruba[3]، فاز أحد الأطراف الخاصة- أحد المستثمرين- باعتباره المتزايد الذي قدم السعر الأعلى في عملية بيع قوارب الإنقاذ ( القوارب الجرارة) tug boats من جانب الحكومة. وفي هذه الأثناء، كانت هذه القوارب يتم تشغيلها وفقًا للأسعار المحددة من جانب السلطات. ومع ذلك، لم يكن ثمة وعد قد أعطى بأن هذه الأسعار ستبقى بدون تغيير في شروط عملية البيع وقبل الإغلاق، كتب المدعي- المتزايد الفائز- خطابًا موجهًا إلى الحكومة، بأنه يعتقد أنه يجبْ عل الحكومة أن تُبقى على هذه الأسعار- دون تغيير. بيد أن الحكومة لم ترد على هذا الخطاب، وشرعت في الإغلاق. وبعد ذلك، قامت السلطات بتخفيض الأسعار. وعلى إثر ذلك، قام المدعي بطلب تعويض، إلا أن المحكمة العليا رفضت القضية- متأثرة في

(1) Case C-171/02 Regione Autonoma della Sardegna v Commission of European Communities [2005] ECR II-2123, Judgment, 15 June 2005.

(2) J García Luengo, El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo , op. cit., p. 55–6.

(3) Maruba SCA v Secretaría de la Marina Mercante, 321 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1784 (1998).

ذلك، بإحدى السوابق الأمريكية- استنادًا إلى أسباب متعددة، من بينها أن **صمت الحكومة لا يمكن أن يُفسر باعتباره رضاءً ضمنيًا**acquiescence[١].

ومع ذلك، فإن السكوت الإداري أو عدم اتخاذ مسلك إيجابي يمكن أن يكون ذا أهمية، عندما تتسامح السلطات، عن وعي، في مسلك معين، بحيث لا تعتبر هذا المسلك غير مشروع إلا بعد نشوب نزاع مع المستثمر. فعندما تكون عدم مشروعية المسلك الخاص غير واضحة، فإن التسامح يمكن أن يولد توقعًا مشروعًا بأن السلطات لن تعاقب المسلك الخاص، على الأقل دون إخطار سابق وبعد منح فترة معقولة لتقويم السلوك غير المشروع عندما يكون ذلك ممكنًا[٢].

على أنه يُقضي، في بعض الأحيان، بأن الإعلانات أو التأكيدات الشفهية تعد كافية لتوليد توقعات مشروعة، شريطة أن يكون ممكنًا إثبات مثل هذا التأكيد الشفهي: ففي قضية Coughlan، بدا أن التوقع يمكن أن يتولد من إعلان شفهي oral statement[٣]. ومع ذلك، ففي قضية ألمانية، قُضي بأن

---

(1) Fertilizing Co v Hyde Park 97 US 659 (1878), holding in construing an administrative charter that 'Silence is negation, and doubt is fatal to the claim'.

(2) HA Mairal, La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública , op. cit., p. 147–9.

(3) See R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan, op. cit.; See W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 316. For EU precedents, see E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 32; cf S Schønberg, Legiti-

=

المعلومات الشفهية "مؤقتة وغير ملزمة"، مما دفع المحكمة إلى رفض منح الحماية المطلوبة(1). وفوق ذلك، فإذا كانت الثقافة القانونية السائدة رسمية formalistic– كما هو الحال في أمريكا اللاتينية– فإن الإعلانات الشفهية لا تكون فقط صعبة الإثبات، ولكن أيضًا لا تعكس الموقف القاطع للإدارة. ذلك، أن الموظفين الحكوميين لا يعتبرون أنفسهم ملزمين، حقيقة، إلا إذا كانوا قد عبروا، عن مواقفهم، كتابة. وهكذا، فإن ما قد يُفسر على أنه ترخيص غير رسمي informal authorization، قد ينتهي إلى أنه لا يعدو أن يكون مجرد تعبير عن حسن المعاملة أو الاهتمام.

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلانات أو التأكيدات المكتوبة يمكن أن تأخذ أشكالا متعددة تفسح المجال لتولد توقعات مشروعة: خطابات، فاكسات، "اتفاقات"، منشورات، تقارير، تصريحات، مدونات السلوك التي تحدد السياسة السارية، الأوراق البيضاء وغيرها من الوثائق التي تشير إلى السياسة المستقبلية، الإعلانات أو الإعلانات أو التأكيدات الإدارية التي يقدمها أحد الوزراء في البرلمان– أو التي تقدمها إحدى المؤسسات الأوربية في البرلمان الأوربي– شريطة أن تكون هذه الإعلانات أو التأكيدات واضحة بدرجة كافية، ومن المحتمل أيضًا أن تشمل هذه القائمة المواد ذات الطبيعة الإعلامية العامة، مثل مواثيق دافعي الضرائب "taxpayers'"(2).

---

mate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 227.

(1) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français , op. cit., p. 466–7.

(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, =

ومع ذلك، فإن المجلس يقرر أن استخدام عبارة "الملاحظة المتبناة" ليست كافية لتحويل إعلان انتخابي إلـى وعـد ملـزم a binding promise[1].

ويلاحظ بعض الكتاب أنه كلما كان الشكل أكثر دقة more elaborate- من ذلك، على سبيل المثال، أن تكون الوثائق مدموغة أو موثقة- كلما كان مـن الأيسر القـول بوجـود ثقـة معقولـة reasonable reliance (أو توقـع مشروع)[2].

على أن القرارات التي تقبل التغيير بحكم طبيعتها- مثل اقتراح تشريعي a legislative proposal- أو التي يمكن ألا يتم تبنيها على الإطلاق، مثل معاهدة موقع عليها، لكن لم يتم، بعد، إدماجها في القانون المحلي- مثل هـذه القرارات لا يمكن أن تولد توقعات مشروعة[3]. وكـذلك أيـضًا التـصريح المؤقت a provisional communication الذي يشير، بصراحة، إلى أنه سيكون محلاً لقرار نهائي من السلطة المختصة[4].

---

op. cit., p. 120. See also P Craig, EU Administrative Law, op. cit., p. 628.

(1) R on the Application of Debbie Domb, Dulce Sobral, Moses Bushiwa v London Borough of Hammersmith and Fulham [2009] EWCA Civ 941.

(2) Thunderbird dissent, op. cit., para 89.

(3) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law , op. cit., p. 120–1.

(4) Case T-273/01 Innova Privat-Akademie GmbH v Commission [2003] ECR II-1093, Judgment, 19 March 2003. See also Case =

وفي بعض الأنظمة القانونية، يتم التمييز بين القواعد العامة general rules (أي القرارات اللائحية أو التنظيمية regulations) والتعليمات العامة الموجهة إلى الموظفين الحكوميين (أي التعليمات circulaires). أما **الطائفة الأولى** من القواعد فتتمتع بقوة ملزمة للإدارة، ولذلك تؤدي إلى إبطال القرارات الإدارية الفردية التي تتعارض معها. وأما **الطائفة الثانية** - **التعليمات** - فليس لها سوى أثر داخلي، ولذلك لا يمكن الطعن عليها بالإلغاء، ولا يمكن التمسك بها من جانب الأطراف الخاصة[1][2]. ومع ذلك، فإن كلتا الطائفتين من القواعد يمكن أن تؤدي إلى تولد توقعات مشروعة[3]، وذلك لأنه يصعب، في الغالب، حتى بالنسبة للمتخصصين التمييز بين هاتين الطائفتين من القواعد. ويزداد الأمر صعوبة إذا ما أخذ في الاعتبار أن التوصيف أو التكييف الرسمي لأداة معينة لا يتفق، بالضرورة، مع أثارها[4].

---

T-65/98 Van der Bergh Foods Ltd v Commission [2003] ECR II-4653, Judgment, 23 October 2003.

(١) إجراءات التنظيم الداخليز

(2) This is the French rule when the circulaire lacks regulatory effects: see JM Auby and R Drago, Traité de Contentieux Administratif (3rd edn, 1984) Vol 2, 361; R Chapus, Droit du Contentieux Administratif (11th edn, 2004) 522.

(3) Case 148/73 Raymond Louwage v Commission [1974] ECR 81, Judgment, 30 January 1974.

(4) R Chapus, Droit du Contentieux Administratif, op. cit., p. 523. For French and EU cases where reasonable reliance based on circulaires was found, see S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law , op. cit., p. 227. See also J García

=

على أن التساؤل يُثار، بالنسبة للممارسة الإدارية administrative practice- أي تكرار مسلك معين من جانب الإدارة لدى مواجهتها مواقف متشابهة. فهل يمكن أن تؤدي هذه الممارسة إلى تولد توقع مشروع بأن مثل هذه الممارسة أو المسلك لن يخضع للتغيير؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال هي، بصفة عامة، بالنفي سواء في القوانين الوطنية أم في قانون الاتحاد الأوربي. وتفسير ذلك، أن الإدارة يجب أن تكون قادرة على تغيير ممارساتها من وقت لأخر، على نحو ما تقدر أنه الطريقة المثلي لحماية المصلحة العامة المنوط بها حمايتها(١). ومع ذلك، فإن الإخطار المسبق قد يكون متطلبًا قبل تغيير الممارسة(٢)، كما أن التفسير الملائم للأسباب المسوغة للتغيير يمكن أن يكون ضروريًا لاعتبار هذا التغير مشروعًا(٣).

وفي هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أن الأثر الرجعي لمثل هذا التغيير

---

Luengo, El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo, op. cit., p. 80–3.

(1) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law , op. cit., p. 142.

(2) R v IRC, ex p Unilever (1996) STC 681.

(3) cf the Argentine case Asociación de Balanceadores Federal Court of Appeals in Administrative Matters, 2 August 1994, cited by V Seville Salas, La Confianza Legítima y la Responsabilidad del Estado, Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público , op. cit., p. 534.

يكون، عادة، غير مسموح به[1]. ولذلك، فإن الأطراف الذين وثقوا في- أو عولوا على- مثل هذه الممارسة، في اعتبار مسلك معين مشروعًا، لا يمكن معاقبتهم قبل إنذارهم بأن تفسيرًا جديدًا سيتم تبنيه، تمامًا كما أن العمل الإداري الفردي لا يشكل ممارسة، فإن مجرد الخروج أو العدول عن ممارسة مستقرة- بصورة استثنائية أو معزولة- في حالة غياب ظروف خاصة تسوغ مثل هذا الخروج- يمكن أن يشكل انتهاكًا لمبدأ المعاملة المتماثلة، مما قد يؤدي إلى عدم مشروعية هذا الخروج أو العدول غير المسوغ[2].

وتنطبق قواعد مشابهة بالنسبة لحالات العدول الفردية عن القواعد العامة. ومن ثم، إذا كانت القاعدة ملزمة- في قانون الاتحاد الأوربي وفي القوانين الوطنية على حد سواء- فإن الجهة المصدرة لهذه القاعدة تكون ملتزمة بها في الحالات الفردية في ظل مبدأ legem patère quam

(1) cf P Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU: Procedures and Principles, op. cit., p. 355–6; See J González Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, op. cit., p. 256, citing a Judgment of the Administrative Chamber of the Supreme Tribunal of 7 October 1968 in this sense.

(2) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, op. cit., p. 141. The US follows a similar rule, see B Schwartz, Administrative Law (3rd edn, 1991) 62–3. The same rule has been applied in Argentina, see G Montaron Estrada, 'La Práctica Administrativa como Fuente del Derecho Administrativo' La Ley 2009-C-1256.

fecisti[1]. وهكذا، لا تملك هذه الجهة سوى تعديل هذه القاعـــدة أو إلغاءهـــا بصورة عامة[2]. ولذلك، ألغت محكمة العدل الأوربية قرارًا فرديًا استنادًا إلى أن هذا القرار لا يمكن أن يعدل، بصورة ضمنية، إجراءً عام التطبيق[3]. ومع ذلك، فحتى إذا كانت القاعدة غير ملزمة، ولا تعد سوى إعلان عن الـــسياسة أو تأكيد لها a statement of policy، "فيجب تطبيق هذه القاعدة، بأمانـــة، فـــي الحـــالات الخاصـــة" it must be applied loyally in particular instences[4]. وهكذا، لا يكون العدول عن هذه القاعدة مقبولاً، إلا إذا كانت

---

(1) The principle "legem patere quam ipse fecisti": whoever has adopted a law may amend it, but as long as the law remains in force it also applies to whoever adopted it:
"من تبنى القانون بمقدوره أن يعدله، ولكن ما دام أن القانون بقى ساريًا، فإنه يُطبق، أيضًا، على من تبناه". -

(2) For the EU, see S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français , op. cit., p. 235, note 55. For France, see JM Auby and R Drago, Traité de Contentieux Administratif , op. cit., Vol 2, p. 358; for Spain, E García de Enterría and T Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, op. cit., Vol 1, p. 208; for Argentina, see A Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo (8th edn, 2003) Vol 1, Chapter VII, 19. A similar rule is applied in the US, see R Berger, 'Do Regulations Really Bind Regulators?' (1967) 62 Nw LR 137; Note 'Violation by Agencies of Their Own Regulations' (1974) 87 Harv LR 629.

(3) Case C-313/90 CIRFS v Commission [1993] ECR I-1125, Judgment, 24 March 1993.

(4) S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law , op. cit., p. 134.

ثمة ظروف خاصة تسوغه[١]، وإلا اعتبُر هذا العدول أو الخروج انتهاكًا لمبدأ المعاملة المتماثلة[٢].

## المطلب الثاني
## في قضايا الاستثمار الدولي

تثار التوقعات المشروعة، في قضايا الاستثمار الدولي، في حالات الصمت، والإعلانات أو التأكيدات الشفهية، وغير ذلك من أنواع التأكيدات المكتوبة.

ففي هذه القضايا، لا يكون ممكنًا، دائمًا، التمييز بين كلتا الطائفتين من الإعلانات أو التأكيدات الإدارية: الرسمية وغير الرسمية. وترجع هذه الصعوبة إلى أن كلتا الطائفتين من الإعلانات أو التأكيدات قد تتواجدان معًا. حيث قد تعطي المحكمة وزنًا أكبر لإحدى الطائفتين مقارنة بالأخرى. ويُلاحظ أنه ليس من الضروري أن تعطي المحكمة وزنًا أكبر للإعلانات أو التأكيدات ذات الطبيعة الرسمية- كما في قضية Tecmed v Mexico، حيث انحازت المحكمة إلى موقف المدعي الذي يفسر وثائق البيع، وكذلك الأدلة الوثائقية

(1) ibid 134–7.

(2) P Craig, Administrative Law, op. cit., 652, 681–2; See S Schønberg, Legitimate Expectations in Administrative Law , op. cit., p. 133–5, citing Conseil d'Etat, Crédit foncier de France, 1970, Rev Lebon 750; and the ECJ decision in Louwage v Commission [1974] ECR 81, Judgment, 30 January 1974.

الأخرى documentary evidence، ومسلك المدعي عليه(١).

وفي القضايا الأخرى، تكون هناك أعمال رسمية، صادرة من الحكومة، يمكن أن تؤدي- على الرغم من أن هذه الأعمال لا تشكل عقدًا يلزم الحكومة بمسلك معين- إلى اعتبار الحكومة مسئولة عن إحباط التوقعات النابعة من هذه الأعمال(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن تسامح الحكومة كان أحد الأسس التي استندت عليها المحكمة، في قضية Metalaclad v. Mexico، في قضائها لصالح المدعي. وتفسير ذلك، أن إحدى المحليات كانت قد سمحت للمدعي ببناء مصنع، واستمرار أعمال البناء تقريبًا إلى حين اكتمال البناء، وذلك قبل إصدار أمر رسمي تتكر فيه بناء هذا المصنع(٣). وفي قضية Biloune v Chana رفضت المحكمة الإدعاء بعدم وجود رخيص بناء كذريعة تستند عليها الإدارة في مطالبتها بنزع ملكية هذا البناء: وذلك لأن المحكمة لم تجد من المعقول أن السلطات- في Accra- كانت غير عالمة بأعمال البناء- التي استمرت لأكثر من عام- التي تجري في واحدة من أبرز مناطق المدينة(٤).

---

(1) Tecmed v Mexico.

(2) MTD v Chile, paras 188–189.

(3) Metalclad v Mexico, paras 90 and 97.

(4) "find credible that the authorities in Accra were ignorant of the existence for well over a year of construction activity on one of

=

وقد أثيرت الإعلانات أو التأكيدات الشفهية oral statements، من جانب الدول المدعي عليها، كدفع لإنكار وجود توقعات مشروعة. ففي قضية MTD v Chile ، تمسك المدعي عليه، خدمة لغرضه، بأنه قد أعطيت تحذيرات لممثلي المدعي في اجتماعه مع أحد كبار موظفي الحكومة. بيد أن المدعي أنكر هذا الاجتماع. وعلى إثر ذلك، قام المدعي بتوقيع عقود استثمار رسمية مع وزارة أخرى، ومن ثم نفى الآثار الإقناعية dissuasive effects التي كان يمكن أن يخلفها مثل هذا الاجتماع[١].

بيد أنه من النادر، في قضايا الاستثمار الدولي، - بالنظر إلى أهمية المبالغ المالية محل النزاع- أن يعول المستثمر على إعلان أو تأكيد شفهي واحد. ولذلك، يعول المستثمر، في أغلب الأحيان، على إعلان أو تأكيد شفهي مقترن إما بتأكيدات مكتوبة- كما في قضية Metalclad v. Mexico[٢]- وإما بتسامح مع المسلك المدعي لاحقًا أنه مسلك مخالف، كما اعترف بذلك في قضية Biloune v Chana، وذلك على الرغم من اختلاف الأطراف بشأن مدى وجود تأكيدات شفهية[٣].

---

= the most prominent sites in the city", Antoine Biloune (Syria) and Marine Drive Complex Ltd (Ghana) v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, (1994) 19 Yearbook of Commercial Arbitration 11, 21, para 29.

(1) MTD v Chile, op. cit., para 166.

(2) See Metalclad v Mexico, op. cit., paras 32, 33, 43, 44.

(3) See Biloune et al v Ghana, 17, op. cit., para 11.

وقد أشارت المحكمة- في قضية BG Group v Argentina- إلى الرسالة التي كان الرئيس الأرجنتيني قد أرسلها إلى الكونجرس يطلب فيها التصديق على اتفاقية الاستثمار الثنائية ذات الصلة، وكذلك أيضًا ما يُطلق عليه "مذكرة المعلومات" Information Memorandom التي قامت السلطات بتعميمها لدى تعزيز خصخصة إحدى شركات الدولة، وذلك كأسباب إضافية لتدعيم النتيجة التي تم استخلاصها بأن الأرجنتين تشجع الاستثمار[1]. كما أشارت المحكمة أيضًا، في قضية LG&E v Argentina ، لذات الغرض، إلى "مذكرة عرض" التي كانت تستهدف بيان الضمانات المقدمة للمستثمرين في برنامج الخصخصة الأرجنتيني[2]. وهكذا، أخذت المحكمة في اعتبارها بيانًا مقدمًا من الرئيس الشيلي، لدى افتتاح المشروعات، باعتباره يمثل تدعيمًا لتوقعات الاستثمار[3].

---

(1) BG Group v Argentina, op. cit., paras 300, 305, 306. See also National Grid plc v Argentine Republic UNCITRAL, Award, 3 November 2008, para 176.

(2) LG&E v Argentina, op. cit., para 175.

(3) MTD v Chile, op. cit., paras 156–157.

## المبحث الرابع

## العبء الواقع على متلقي الإعلان أو التأكيد غير الرسمي

## *The Hardship Inflicted on the Recipient of the Informal Representations*

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية وفي الاتحاد الأوربي

يمكن القول إن العبء الواقع على الطرف الخاص نتيجة عدم الاتساق الرسمي official inconsistency يعد أحد العوامل المهمة في تحديد ما إذا كان سيتم حماية التوقعات المشروعة أم لا. وفي هذا الساق، يُلاحظ أن قضيتا Coughlan[1]، Bancoult[2]. كانتا قضيتين غير موفقتين. بيد أن الدعوى رُفضت في الحالة الثانية استنادًا إلى أنه كان من غير العملي ممارسة الحق المدعي بواسطة المدعي (إعادة التوطين في الجزء التي تم تهجير السكان منها منذ سنوات عدة)، وكذلك لم تجد المحكمة ثمة reliance في هذه الحالة. بينما في قضية Coughlan، كان المدعي قد غير ظروفه المعيشية بصورة جوهرية استنادًا إلى وعد تم التنصل منه بعد ذلك. وتبدو القضية الألمانية

---

(1) See R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan [2001] QB 213

(2) Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU: Procedures and Principles, op cit., p 362.

German Window متشابهة مع هذا الجانب الأخير[١].

ومن الواضح أن الثقة- أو الاعتماد على الوعد المُعطي reliance- تؤدي، عادة، إلى تحمل عبء hardship في حالة إحباط التوقع. ولذلك، فإن الإجابة على سؤال ما إذا كانت الثقة متطلبًا ضروريًا لحماية التوقعات، هي أنها تعد بالتأكيد أحد العوامل المهمة اللازم توافرها للحصول على مثل هذه الحماية[٢]. فالثقة تدعم معقولية التوقع، وتجعل الميزان يميل tilts the balance of equities لصالح الطرف الخاص[٣]. ولذلك، فإن المبالغ المالية المدفوعة، بطريق الخطأ، إلى أحد الموظفين الحكوميين- والذي تسلمها بحسن نية ولم يسهم في وقوع الخطأ- لا يمكن استردادها بعد انقضاء فترة كافية لتوليد توقع مشروع بأن الموظف كان من حقه تلقي هذه المبالغ[٤]. ومن ناحية أخرى، تم، في قضية English BAIO، تأييد تخفيض في الرسوم المدفوعة إلى المستشار Counsel الذي يقدم مساعدة قانونية، وذلك رغم استمرار التمثيل القانوني. ويمكن تفسير هذا القضاء بأن المستشار- مقدم المساعدة القانونية- كان يتمتع بحرية في إيقاف التمثيل القانوني الذي يقدمه[٥].

---

(1) S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. Cit., p. 10–11,
(2) P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 660.
(3) See Bancoult, op. cit., paras 60 and 135.
(4) L Lorello, La Tutela del Legittimo Affidamento tra Diritto Interno e Diritto Comunitario , op. cit., p. 249–52.
(5) R (BAPIO Action Ltd and anor) v Secretary of State for the
=

وثمة من يذهب من الكتاب إلى أن الحماية المكفولة للتوقعات المشروعة في حالة رغبة السلطات العامة في مجازاة أحد الأطراف. الذي وثق في- أو اعتمد على- ممارسة أو معلومات معينة تعتبر مسلكًا معينًا مشروعًا، مقارنة بالحالة التي ترغب فيها السلطات العامة في منع منح أو عدم استمرار ميزة أو منفعة معينة[1]. وفي **إيطاليا**، اعتبرت الجزاءات الجنائية متنازلاً عنها Waived، لأن الطرف الخاص كان قد وثق، بحسن نية، في الممارسة الإدارية للسلطات المختصة[2]. وفي **الولايات المتحدة الأمريكية**، على الرغم من أن المحكمة العليا رفضت تطبيق مبدأ estoppel في مواجهة الحكومة، فقد استبعدت قيام الحكومة باتهام إحدى الشركات التي كانت قد وثقت في- أو عولت على- التفسير الضيق أو الخاطئ الذي تبنته إحدى الوكالات- الأجهزة الإدارية- بشأن تشريع جنائي[3].

---

Home Department and anor [2008] 1 AC 1003, 1018 and 1015–17, respectively. See CSJ Knight, 'Expectations in Transition: Recent Developments in Legitimate Expectations' [2009] Public Law 15.

(1) cf Case 344/85 SpA Ferriere San Carlo v Commission [1987] ECR 4435, Judgment, 12 November 1987 with Cases T-222/99, T-327/99, and T-329/99 Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front National and Emma Bonino v EP [2001] ECR II-2823, Judgment, 2 October 2001, cited by P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 643 and 630 respectively.

(2) L Lorello, La Tutela del Legittimo Affidamento tra Diritto Interno e Diritto Comunitario , op. cit., p. 254.

(3) US v Pennsylvania Industrial Chemical Corp (PICCO) 411 US 655 (1973).

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

تعد الثقة reliance– والعبء الكبير – حاضرين، في معظم الحالات، في قضايا الاستثمار الدولي. وعلى النقيض من ذلك، لم يقم المستثمر، في قضية Nagel v Crech Republic باستثماراته، ولكنه تحمل، فقط، بعض النفقات في سبيل التفاوض من أجل الموافقة الرسمية. وفوق ذلك، دفعت السلطات لهذا المستثمر ٥٥٠ ألف دولار أمريكي تسوية للنزاع. وعلى الرغم من أن المحكمة لم تعتبر هذه التسوية مانعة للدعوى، إلا أنها رفضت مطالب المدعي (المستثمر) (1).

وفي قضية MTD v Chile، تفاوض المستثمر– بعد منح التراخيص المبدئية، لكي يضمن اتفاق شراء الأرض land purchase agreement بنودًا حمائية في مواجهة بعض المخاطر، ولم يكن من بينها بنود تتعلق بعدم منح تراخيص التخطيط. وقد دفعت هذه الحقيقة المحكمة إلى استخلاص أن الثقة كانت متوافرة، وإن بطريقة سلبية نوعًا ما. ولذلك، قضت المحكمة باعتبار المدعي مساهمًا في الإهمال، مما أدى إلى تخفيض التعويض بمقدار ٥٠%(2).

---

(1) Nagel v Czech Republic.
(2) MTD v Chile, op. cit., paras 158, 242–243.

## المبحث الخامس

## مسلك الدولة

## The Conduct of the State

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية والاتحاد الأوربي

تظهر المناقشة السابقة الحاجة إلى تحليل مسلك الدولة، لاسيما عندما تؤدي الدولة دورًا إيجابيًا في دفع الطرف الخاص إلى القيام بنشاطه. ولكن عندما يكون هناك تعارض مع متطلب ضرورة تمتع الحكومة بسلطة تقديرية discretion (ضرورة عدم عرقلة السلطة التقديرية التي تتمتع بها الحكومة)، فإن التوقعات المشروعة قد لا تحظى بالحماية، كما هو الحال في قضية Laker Airways[1]. ولذلك، يذهب الأستاذان Wade, Forsyth إلى القول: "يجب أن تتمتع السلطات العامة بحرية في تغيير سياساتها، وفقًا لما تتطلبه المصلحة العامة من وقت لأخر"[2].

ويعد الوقت، أيضًا، أحد العناصر المهمة. ولذلك، يُثار التساؤل: ما طول

---

(1) Laker Airways Ltd v Department of Trade [1977] QB 643. cf Y Dotan, 'Why Administrators should be Bound by their Policies' (1997) 17 OJLS 25, 40. See also R v Secretary of State for the Home Department and anor [1997] 1 WLR 906.

(2) W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., p. 317; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 667.

المدة التي سمحت فيها الحكومة باستمرار الإعلان أو التأكيد دون تغيير؟[١].
هل كان هناك أي إخطار مسبق بأي تغيير في موقف الحكومة؟

ولذلك، قضى، في قضية Unilever[٢]، بأنه ليس بمقدور السلطات الضريبية التوقف- دون إخطار مسبق- عن ممارسة، استمرت لأكثر من عشرين سنة، تتمثل في قبول دعاوي استرداد الضريبة tax refund claims، بعد انتهاء المواعيد المحددة قانونًا. كما أن التأخر غير العادي (ستة وعشرون شهرًا في هذه الحالة) في إصدار قرار صريح يمكن، أيضًا، أن يؤدي إلى توقعات مشروعة بأن القرار سيكون في صالح مقدم الطلب، خاصة أنه لا توجد حاجة لإجراء بحث في المسألة، وكانت القرارات السابقة جميعها لصالح مقدمي الطلبات[٣].

كما أن تأخر الحكومة يعد مهمًا، أيضًا، في قضايا أخرى. ولذلك قضى بأنه لا يمكن استخدام هذا التأخر مسوغًا لرفض تطبيق السياسة السارية وقت تقديم الطلب على أحد الأطراف الخاصة[٤]. على أن بعض الظروف الخاصة

---

(1) Legitimate expectation not found because the claimant was under a misapprehension for only a short period of time: R (on the application of Godfrey) v Conwy County Borough Council [2001] EWHC Admin 640, para 40.
(2) R v IRC, ex p Unilever (1996) STC 681.
(3) Case 223/85 RSV v Commission [1987] ECR 4617, Judgment, 24 November 1987.
(4) The Secretary of State for the Home Department v R (Bakhtear Rashid) [2005] EWCA Civ 744.

يمكن أن تجعل التأخر ضارًا بصفة خاصة، كما هو الحال لدى الـرد علـى استشارة بشأن الضريبة على القيمة المضافة، إذا كان من شأن هذا الرد منـع الطرف الخاص من نقل الضريبة إلى عملائه[١].

## المطلب الثاني
## في قضايا الاستثمار الدولي

من المبادئ المسلم بها- في مجال تحكيم منازعات الاستثمار الدولية- أنه ليس من الضروري إثبات سوء نية الدولـة المـضيفة، حتـى يمكـن عقـد مسئوليتها[٢]. ومع ذلك، "فإن الجهد المبذول، من جانب الحكومة، لإثبات حسن النية في سعيها لتحقيق أهداف قوانينها ولوائحها يمكـن أن يـوازن counter balance بعض شواهد عدم مراعاتها للمتطلبات القانونية أو اللائحية"[٣].

(1) R (Lower Mill Estate) v HM Revenue [2008] EWHC 2409 (Admin). But see Re Preston [1985] 2 WLR 836 (not finding abuse of power in a 3-year delay in initiating a tax procedure). Similarly Case C-31/91 Spa Alois Lageder and ors v Amministrazione delle Finanze dello Stato [1993] ECR I-1761, Judgment, 1 April 1993.

(2) Occidental v Ecuador, op. cit., para 184.

(3) "Proof of a good faith effort by the government to achieve the objectives of its laws and regulations may counter-balance instances of disregard of legal or regulatory requirements ", Gami Investments Inc v Mexico UNCITRAL/NAFTA, Final Award, 15 November 2004, paras 100–110.

وتجدر الإشارة إلى أن مسئولية الدولة يمكن أن تقوم، حتى ولم لم يثبت وجود توقعات مشروعة. وتقوم المسئولية، في هذه الحالة، استنادًا إلى مجمل إهمال الدولة وعدم اتساق مسلكها overall negligent and inconsistent. ويمكن إثبات هذا الإهمال وعدم الاتساق من خلال إثبات عدم تقديم الدولة إجابات بشأن المسائل التي يثور بشأنها بعض الاختلاف، التزامها الصمت في مواجهة موقف متفاقم، إصدار قرارات إدارية غير متسقة، التغيرات التشريعية المستمرة[1].

ويُلاحظ أن الدول تلجأ، في الغالب، إلى السياسات المصممة لتشجيع الاستثمار الأجنبي. وتبرم الدول اتفاقيات الاستثمار الثنائية، بصفة خاصة، من أجل بلوغ هذه الغاية. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن تقديم بعض التأمينات المحددة للمستثمرين. فعندما يتم تشجيع الاستثمارات، من جانب الدولة المضيفة، فإن الحاجة تزداد لحماية التوقعات التي تتعرض للإحباط[2].

بيد أن إدخال تغييرات على السياسة المتبناة changes of policy تثير

(1) PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Ltd Sirketi v Republic of Turkey ICSID Case No ARB/02/5, Award, 19 January 2007, paras 241, 256.

(2) See S Schill, 'Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law', IILJ Working Paper 2006/6, p 28, available at "http://www.iilj.org/ publications/2006-6Schill.asp" See also National Grid v Argentina, op. cit., para 177; BG Group v Argentina, op. cit., para 343; and Revere Copper and Brass Inc v Overseas Private- Investment Corp 56 ILR 258 (1978).

مشكلة صعبة، بصفة خاصة، عندما يُدعى تولد التوقعات من الإعلانات أو التأكيدات الإدارة غير الرسمية. ولذلك، ذهبت المحكمة- في قضية Saluka v Czech Republic- إلى أنه "ليس للمستثمر أن يتوقع، بصورة معقولة، أن الظروف السائدة وقت القيام بالاستثمار ستبقى بدون تغير بصورة مطلقة". ولذلك، خلصت المحكمة إلى أن التأكيد الذي يقدمه وزير، في إحدى الحكومات، لا يمكن أن يكون ملزمًا للحكومات المستقبلية (ولكن، في هذه القضية، ذكر الوزير ذلك صراحة"[1].

ورغم ذلك، يجب على الحكومة أن تمارس سلطتها في تغيير السياسات بطريقة تتسق مع التزاماتها التي تعهدت بها سلفًا، خاصة وأن "الإطار التشريعي والإداري المستقر يعد أساسيًا بالنسبة للقرارات الإيجابية التي تصدر من المستثمر لصالح مكان معين"[2].

ويلاحظ أن تغييرات السياسة تشكل نوعًا من المواقف التي يظهر فيها الاختلاف، بين العقد والتوقعات المشروعة النابعة من الإعلانات أو التأكيدات الإدارية غير الرسمية أكثر وضوحًا. وكما قالت محكمة التحكيم، في قضية MS v Argentina:

---

(1) "No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged", Saluka v Czech Republic, op. cit., paras 56, 305, 351.

(2) "a stable legislative and administrative framework is essential for a positive decision of the investor in favour of a specific location", Tudor, op. cit., p. 169.

"إن السؤال ليس ما إذا كان النظام القانوني يمكن أن يكون في حاجة إلى التجميد، لأن هذا النظام يمكن أن يبقى، دائمًا، في حالة تطور على نحو يمكنه من التكيف مع الظروف المتغيرة، ولكن السؤال هو، بالأحرى، ما إذا كان هذا الإطار يمكن الاستغناء عنه بصورة كاملة في حالة تقديم التزامات (محددة بخلاف ذلك)"[1].

ومن ثم، لا يمكن حماية التوقعات المشروعة- النابعة من الإعلانات أو التأكيدات الإدارية غير الرسمية بدرجة مساوية، ما لم تكن الحكومة المضيفة قد استفادت، بصورة مباشرة، من الاستثمار. كما هو الحال عندما تقوم الحكومة بخصخصة شركات الدولة من خلال بيعها إلى بعض المستثمرين الأجانب[2]. أو عندما يتعلق الأمر بتغيير كلى وغير متوقع مقارنة بالسياسات السابقة "a bout face".

وثمة عوامل أخرى، يمكن أن تسهم في تدعيم معقولية التوقع، من ذلك،

---

(1) "It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made ", CMS v Argentina, op. cit., para 277.

(2) See WM Reisman and MH Arsanjani, 'The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes' (2004) 19 ICSID Rev–FILJ 328, 336. See also Eureko BV v Republic of Poland Partial Award, 19 August 2005 paras 142, 226, 232.

على سبيل المثال، التناقضات contradictions، وتضخم أو قصور النظـام القانوني في الدولة المضيفة، وعدم وجـود إجـراءات صـحيحة لإصـدار التراخيص المطلوبة[1]. وكذلك أيضًا تأخذ محاكم التحكيم في اعتبارها عـدم وجود إخطار مسبق أو الفشل في منح فترة انتقاليـة period cure عنـدما يكون ذلك ممكنًا، قبل اتخاذ أي نشاط ضار، بصورة مهمـة، فـي مواجهـة المستثمر، وذلك لتحديد ما إذا كانت المعاملة المكفولة للمستثمرين معقولـة[2]. ولذلك، وصفت المحكمة، في قضية Azurix v Argentina، التناقض بـين سرعة الإدارة في اتخاذ إجراءات الغرامات وغيرها من المطالب بعـد قيـام صاحب الامتياز بالإخطار عن انتهاء الامتياز من ناحية، والبطء المتعمد في معالجة المسائل الإدارية الأخرى من ناحية ثانية- بأنه تناقض صارخ[3].

وتوجد ثمة قاعدة عامة مقررة في عدد من الأنظمة القانونية مؤداهـا أن المسلك اللاحق يشكل أحد العوامل المهمة التي تكشف نية الأطراف، وذلـك من أجل تفسير العقود غير المكتملة[4]. ويُلاحظ أن هذه القاعدة تطبق، أيضًا، في القانون الدولي، وهي متضَمنة فـي اتفاقيـة فيينـا لقـانون المعاهـدات

---

(1) See J Coe and N Rubins, 'Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions', in T Weiler (ed), International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and International Law (2005) 614.

(2) Tecmed v Mexico, op. cit., Para 162.

(3) Azurix v Argentina, op. cit., Para 275.

(4) K Lewison, The Interpretation of Contracts, op. cit., p. 63–5.

VCLT[١]. ولذلك، فإن معنى الإعلانات أو التأكيدات الإدارية غير الرسمية يمكن أن ينبع من المسلك اللاحق لموظفي الدولة المضيفة. ففي قضية Eastern Sugar v Czech republic[٢]. أعطت المحكمة قبولاً لبعض المقابلات الصحفية والإعلانات الصادرة من موظفي الحكومة، وذلك لأنه- على الرغم من رفض المدعي عليه (الحكومة) لمضمون هذه المقابلات والإعلانات لعدم الاختصاص وعدم التوقيع- فإن الحكومة لم تقم، قط، بتصحيح هذا المضمون علنًا.

بيد أن ثمة نوعًا من المسلك الحكومي يشكل عاملاً مهمًا لصالح المستثمر، يتمثل في وجود تمييز لصالح الشركات المحلية. ففي قضايا Saluka v Czech Republic، Eureko v Poland، Feldman v Mexic، كانت التمييز أحد الأسس الرئيسة التي استندت إليها المحكمة في تقرير أن الدولة المضيفة قد انتهكت التوقعات المشروعة للمستثمر في معاملة عادلة ومنصفة the legitimate expectations of the investor to fair and equitable treatment[٣].

وفي قضية Thunderbird v Mexico، تمسك المدعي بوجود تمييز

---

(1) See Art 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, signed 22 May 1969, 1155 UNTS 331.

(2) Eastern Sugar BV v Czech Republic SCC Case No 88/2004, Partial Award, 27 March 2007, Para 244.

(3) Saluka v Czech Republic, op. Cit., Para 347; Eureko v Poland, op. Cit., Para 242; Feldman v Mexico, op. Cit., paras 173–188.

من جانب الدولة، بيد أنه لم يتمكن من تقديم دليل كاف على هذا التمييز في رأي أغلبية أعضاء المحكمة[١]. ويُلاحظ أن التمييز يكون، في أغلب الأحيان، مستترًا، كما أشارت إلى ذلك المحكمة العليا الأمريكية في قضية Winstar:

"فالتشريع يمكن أن يكون، في أغلب الأحيان تقريبًا، مكتوبًا بطريقة عامة رسمية، والحاجة إلى هدف محدد لا تتوافر في الأمن، عندما يقع أثر الإجراء، مع ذلك، بصورة جوهرية، على عاتق المتعاقدين مع الحكومة"[٢].

وغالبًا ما يحاول المدعون الإدعاء بوجود فساد، بيد أنه من النادر إثبات الفساد في قضايا الاستثمار[٣]. ولذلك، فإن وجود شاهد رئيسى، في قضية

(1) International Thunderbird Gaming v Mexico, op. cit., paras 175–183.

(2) "Legislation can almost always be written in a formally general way, and the want of an identified target is not much security when a measure's impact nonetheless falls substantially upon the government's contracting partners.", See US v Winstar Corp 518 US 839, 902–3 (1996).

(3) Examples of alleged but unproved corruption are Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt ICSID Case No ARB/98/4, Award, 8 December 2000, Para 77; SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, Para 141 (issue reserved); Azurix Corp v Republic of Argentina, op. cit., Para 56. See also the subsequent decision of the British Columbia Supreme Court in the Metalclad case, op. cit., paras 110–112; and Siemens AG v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/8, Award, 6 February 2007.

=

يعترف World Duty Free v Kenya برشوة موظف محلي كبير– يعـد استثناءً يُثبت القاعدة ولا ينفيها. وهذا العامل– إذا تم إثباته– يجب أن يكـون كافيًا لإحباط، ليس فقط الإدعاء بوجود توقعات مشروعة، ولكن أيضًا الدعوى ذاتها، لأن "الرشوة تتعارض مع السياسة العامة العابرة للحدود الوطنيـة" [1]. ومع ذلك، فإن الفساد لا يمكن أخذه في الاعتبار إلا إذا خضع لمناقشة قانونية وواقعية صحيحة أمام المحكمة[2].

---

After the publication of SEC Litigation Release 20829 (15 December 2008) Siemens waived the award.

(1) "bribery is contrary to...transnational public policy ", World Duty Free Co Ltd v Republic of Kenya ICSID Case No ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para 157. See also the decision of the Canadian Court in Metalclad, op. cit., para 108.

(2) Thunderbird dissent, op. cit., para 20. For different views on the validity of investment contracts tainted by corruption, cf H Raeschke-Kessler and D Gottwald, 'Corruption in Foreign Investment—Contracts and Dispute Settlement between Investors, States and Agents' (2008) 9 JWIT 5; and F Haugeneger, 'Corruption in Investor-State Arbitration' (2009) 10 JWIT 323.

## المبحث السادس

## مسلك الطرف الخاص

## The Conduct of the Private Party

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

يجب على الطرف الخاص- حتى يكون بمقدوره الثقة في – أو التعويل على- الإعلان أو التأكيد الإداري أن يكون قد كشف عن كل الوقائع ذات الصلة للسلطات الإدارية. ومن ثم، فإن الفشل في كشف هذه الوقائع، أو تقديم وقائع خاطئة- حتى في حالة غياب سوء النية- من شأنه أن يقوض مشروعية التوقع[١]. ويطبق ذات الحل، حتى ولو لم تكتشف السلطات، في بادئ الأمر، الطبيعة الخاصة للمعلومات الخاطئة من جانب الطرف الخاص[٢]. وتتقوض مشروعية التوقعات، من باب أولى، إذا كان الطرف الخاص قد لجأ إلى الغش fraud أو الخداع deception في علاقته مع السلطات الإدارية (في سبيل الحصول على الإعلان أو التأكيد الإداري) [٣]. وبالمثل، فإن محاولة الحصول

---

(1) R v Inland Revenue Commissioners [1990] 1 WLR 1545; R v Inland Revenue Commissioners [1994] 1 WLR 334.

(2) Case C-145/06 Omya AG v Commission [2009] ECR II-145, para 120, Judgment, 4 February 2009.

(3) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 126; J García Luengo, El Principio de Protec-

=

على مزايا غير مشروعة، مثل الاستفادة من الإجراءات الاقتصادية على نحو يناقض غرض هذه الإجراءات، لن تحظى بالحماية[1].

كما يجب على متلقي الإعلان أو التأكيد الإداري أن يتحلى بالحذر prudent والعناية diligence لدى ثقته في أو تعويله- على هذا الإعلان أو التأكيد. ومع ذلك، فإن هذه المعايير تختلف تبعًا لطبيعة الفرد متلقي الإعلان أو التأكيد. ذلك، أن متلقي الإعلان يكون، في الغالب، في الأنظمة القانونية الوطنية، فردًا لا يتصرف بكفاءة مهنية.

**وفي المقابل**، يُلاحظ أنه إذا كان متلقي الإعلان أو التأكيد محترفًا، فإن هذه المعايير تصبح أعلى. ولذلك، قضت المحاكم بأن التجار يجب أن يكونوا، في علاقتهم بالإدارة، "متبصرين، ومميزين، ومستنيرين"[2]. وهذا ما يفسر

---

ción de la Confianza en el Derecho Administrativo, op. cit., p. 60–1.

(1) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 126; E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 42; P Craig, EU Administrative Law, op. cit., p. 634–5.

(2) "prudent, discriminating and well informed", See Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 127–8 (quotation at 127-referencing Case 78/77 Lührs v Hauptzollamt Hamburg-Jonas [1978] ECR 169, Para 6, Judgment, 1 February 1978; Case 265/85 Van den Bergh en Jurgens v Commission [1987] ECR 1155, Para 44, Judgment, 11 March 1987); P Craig, EU Administrative Law, op. cit., p. 631–3. See also Kahla v Thüringen Porzellan GmbH, op. cit., Para 150.

رفض هذه المحاكم لحماية التوقعات، رغم استنادها على بعض المنشورات الخاصة بالتعريفات tariff manuals- الصادرة عن إحدى الحكومات الوطنية- التي تشكل خروجًا على الأرقام الصحيحة المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوربي[1]. كما قضى، أيضًا، بأنه يقع، على عاتق الطرف الذي يتمسك بتولد توقعات مشروعة لديه، التزام بأن يبقى على بينة بشأن مشروعية الإعلان أو التأكيد الإداري[2].

وأخيرًا، يبقى الموقف الشخصي للمستثمر ذا أهمية في هذا الخصوص. ومن ثم، عندما لا يكون المستثمر على علم بوجود الإعلان أو التأكيد الإداري، أو عندما لا تولد لديه توقعات نتيجة لعلمه بالرأي الحقيقي للسلطات، فإنه لا يكون بمقدوره التمسك بالتوقعات المشروعة[3].

(1) Case C-80/89 Erwin Behn Verpackungsbedarf GmbH v Hauptzollamt Itzehoe [1990] ECR I-2659, Judgment, 28 June 1990.

(2) Kahla v Thüringen Porzellan GmbH, op. cit., para 150.

(3) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 125.

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

يحظى مسلك الطرف الخاص بأهمية، أيضًا، في سياق قانون الاستثمار الدولي[1]. ولذلك، فإن ذات المتطلب- الإفصاح الكامل والصحيح- الموجود في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي- يطبق، أيضًا، في قضايا الاستثمار الدولي. ففي قضية Thunderbird v Mexico، وجدت المحكمة أن طلب الرأي- الذي ادعى استناد الثقة عليه لاحقًا- قد انطوى على بيان أو إقرار a statement غير صحيح. وفقًا للأدلة المطروحة على المحكمة[2]. كما قُضي، في قضية Fraport v Philippines، أن اتفاق حملة الأسهم على نحو ينتهك القانون المحلي، يشكل مسلكًا سيئًا بصورة ظاهرة، مما أدى إلى رفض الدعوى[3]. وكذلك أيضًا، قُضي بأن "العقد غير الصحيح مع موظفي الحكومة يعد سببًا كافيًا لرفض دعوى المستثمر"[4].

---

(1) P Muchlinski, 'Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Standard' (2006) 55 ICLQ 527.

(2) International Thunderbird Gaming v Mexico, op. cit., Para 152. For the same rule in English and EC law, see E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 42.

(3) Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v Republic of the Philippines ICSID Case No ARB/03/25, Award, 16 August 2007, Para 397.

(4) P Muchlinski, 'Caveat Investor? The Relevance of the Conduct

=

ويُلاحظ أن متلقي الإعلان أو التأكيد في قضايا الاستثمار الدولي يكون، بصفة عامة، شركة أعمال أو – كما حدث في قضية Nagel v Czech Republic – رجل أعمال فرد[1]. ولذلك، فإن ذات المنطق الذي تطبقه محاكم الاتحاد الأوربي بشأن المعايير العالية للعناية care والقابلية للتوقع foreseeability، يجب أن يطبق أيضًا في قضايا الاستثمار الدولي. ومع ذلك، إذا كان يُتطلب من شركات الأعمال معايير عالية من العناية، فإن العكس يكون مطلوبًا، أيضًا، لدى تعامل الحكومة مع المستثمرين الأجانب.

ولذلك يجب على موظفي الحكومة أن يتحلوا بالعناية الواجبة due care لدى إسدائهم نصائح أو إصدارهم قرارات تتعلق باستثمارات تصل قيمتها إلى ملايين الدولارات: ويلاحظ أن هذه الحالات– الاستثمارات الكبيرة– لا تشكل مواقف دائمة التكرار، وذلك مقارنة– علي سبيل المثال– بقضايا الهجرة، حيث قد يجد الموظف نفسه مضطرًا للتعامل مع عشرات الحالات في كل يوم، بحيث يكون ثمة درجة معينة من الخطأ أمرا لا مفر منه، كما قد يضطر إلي إبداء بعض الخشونة، أو بعض الصرامة في مواجهة بعض الأشخاص. ولذلك، قضت محكمة الدرجة الأولى الأوربية the European Court of First Instance :

---

of the Investor under the Fair and Equitable Standard', commenting on Olguín v Paraguay ICSID Case No ARB/98/5, Award, 26 July 2001, para 81.

(1) Nagel v Czech Republic

"بأن متطلب الأمن القانوني يجب احترامه- بأقصى درجة من الصرامة- في حالة الإجراء الذي يكون عرضة لأن يخلف آثارًا مالية، حتى يكون بمقدور هؤلاء المعنيين أن يتعرفوا، على درجة التحديد، ومدى الالتزامات التي يفرضها هذا الإجراء عليهم"(١).

وثمة جانب أخر مهم من جوانب مسلك المستثمر يتمثل في عمق العناية الواجب تحليه بها due diligence، ولذلك، تمثل أحد الأسباب التي أدت إلى رفض الدعوى- في قضية Parkerings v Lithuania(٢). التي ادعى فيها المستثمر رافع الدعوى انتهاك توقعاته المشروعة نتيجة التعديل اللاحق للتشريع على نحو يمس أفاق الاستثمار- في أن المدعي فشل في إثبات أن أي مستثمر- أو على الأقل أي شركة قانون مؤهله- كان غير قادر على الحصول على معلومات بشأن إجراءات التعديل". وعلى النقيض من ذلك، وجدت المحكمة، في قضية Tecmed v. Mexico أن المستثمرين "لم يهملوا في تحليل المسائل القانونية المرتبطة بموقع المرافق" (٣).

---

(1) "requirement of legal certainty must be observed all the more strictly in the case of a measure liable to have financial consequences in order that those concerned may know precisely the extent of the obligations which it imposes on them", Case T-115/94 Opel Austria v Council [1997] ECR II-39, Para 142, Judgment, 22 January 1997.

(2) Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 September 2007, Para 342.

(3) "were not negligent upon analysing the legal issues related to the (facility) location", Tecmed v Mexico, op. cit. Para 141.

ولذلك، فإن نتيجة العناية الواجبة التي يتحلى بها المستثمرون تستحق بحثًا دقيقًا. من ذلك، على سبيل المثال، هل تتناسب العناية المبذولة مع حجم الاستثمار؟ هل واجهت هذه العناية أي عقبات قانونية؟ وفي هذا السياق، يُلاحظ أن ثمة هامشًا من الشك لا يمكن تجنبه، لاسيما عندما ينطوي الأمر على تشريع لائحي. ولذلك، فإن مجرد حقيقة أن الآراء القانونية تتم صياغتها بطريقة متحفظة (لأن القانونين يميلون، بصفة عامة، إلى فعل ذلك)، يجب ألا يكون كافيًا لتقويض مشروعية التوقع[1]. ومن ثم، فإن نتائج العناية الواجبة- التي يتيحها المستثمر- يمكن أن تثبت إما حسن نية المستثمر أو معرفته بالقيود القانونية التي يواجهها الاستثمار. ولذلك، قضت المحكمة، في قضية Maffezini v Spain[2]، أن خطر النصيحة الرسمية الخاطئة- غير المعدة خصيصًا للمستثمر، ولكن للاستخدام الرسمي- يقع على عاتق المستثمر.

وأخيرًا، يُلاحظ أن وجود بعض الوسائل- مثل طلبات إصدار قواعد رسمية requests for format rulings- التي من شأنها تجنب المستثمر الشكوك، ولكن المستثمر لا يستخدمها- يمكن أن تسهم في تقويض معقولية التوقع[3].

(1) See in this sense, Thunderbird dissent, op. cit., Para 92.

(2) Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain ICSID Case No ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, Para 63.

(3) Feldman v Mexico, op. Cit., Para 134.

## المبحث السابع

## عدم إمكان توقع إحباط التوقعات

## The Unforeseeability of the Defeat of Expectation

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

ثمة عامل مهم يتمثل في تحديد إلى أي حد كان إحباط توقعات المستثمر قابلاً للتوقع أو ممكنًا تجنبه. فهل كان يجب على الطرف الخاص- بسبب معرفته بالصناعة- أن يتحسب لمثل هذا الاحتمال ويتحوط منه(1). ولذلك، من الصعب أن تنشأ مثل هذه التوقعات في مجال الأنشطة الخاضعة لدرجة عالية من التنظيم، لاسيما وأن التعديل المستمر للقواعد الحاكمة لهذه الأنشطة يعد، في الغالب، سمة ملازمة لهذه الأنظمة. ومن ثم، يُلاحظ ندرة النجاح في إثبات عدم القابلية للتوقع unforeseeability إلى درجة تقنع المحكمة(2). ومع ذلك، يتم

(1) Case T-70/99 Alpharma Inc v Council [2002] ECR II-3495, Judgment, 11 September 2002, and Case C-373/07 P Mebrom NV v Commission, Judgment, 2 April 2009.

(2) See Case T-267/94 Oleifici Italiani SpA v EC Commission [1998] ECR II-3377, Judgment, 11 July 1997; Case C-402/98 Agricola Tabacchi Bonavicina Snc di Mercati Federica (ATB) and ors v Ministero per le Politiche Agricole, Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA) and Mario Pittaro [2000] ECR I-5501, Judgment, 6 July 2000; E Sharpston,

=

منح الحماية عندما لا تكون القاعدة الجديدة قابلة للتوقع، وتكون النتائج قاسية، بصفة خاصة، على الطرف الخاص الذي وثق في التأكيدات الإدارية[١].

على أن المقترحات التشريعية المنشورة- التي لا تعد، بذاتها، كافية لتوليد توقع مشروع[٢]- يمكن أن تحطم (...)، إذا قدرت المحكمة أن الطرف الخاص كان يجب أن يكون على علم بها[٣]. ويصدق ذات الحل بالنسبة للإعلانات الرسمية الأخرى التي تتضمن تغييرات وشيكة للسياسة imminent changes of policy[٤].

ومن الواضح أنه إذا كان العدول عن التأكيد أو الإعلان الأصلي revocation of the original representation مسموحًا به صراحة- بواسطة القانون أو اللوائح- فإن مثل هذا العدول لن يؤدي، عادة، إلى توليد توقعات مشروعة[٥].

---

'Legitimate Expectations and Economic Reality' (1990) 15 ELR 103.

(1) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 144–5, citing Case 120/86 Mulder v Minister van Landbouw [1988] ECR 2321, Judgment, 28 April 1988.

(2) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 120–1.

(3) ibid 127.

(4) Case 52/81 Offene Handelsgesellschaft in Firma Werner Faust v Commission [1982] ECR 3745, Judgment, 28 October 1982.

(5) E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 41.

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

تنطبق ذات القاعدة- عدم القابلية للتوقع- في قضايا الاستثمار الــدولي. ولذلك، خلصت المحكمة، فــي قــضية Parkering v Lithuania إلــى أن احتمال تغيير القوانين كان يلوح في الأفق. ومن ثم، كان يجب على المستثمر أن يسعى إلى إدراج بعض أشكال الحماية، في مواجهة تغيير التشريع، فــي العقد[1].

ومن المهم تحديد ما إذا كان إحباط التوقعات أمرًا لا يمكن تجنبــه مــن جانب الحكومة. ومن ثم، يُثار التساؤل: هل كان ثمة حلول بديلة- متاحة أمام الحكومة- أقل إضرارًا بالمستثمر الأجنبي مثل الترخيص الجزئي، أو إرجاء تبني القواعد التنظيمية الجديدة، أو عدم إعطاء هذه القواعد أثرًا رجعيًا؟ لذلك، كان من الصعب، في قضية Tecmed v Mexico الاعتقاد بــأن الإغــلاق الفوري للمنشآت (المرافق)- دون منح المستثمر فترة انتقاليــة transition time لتغيير مكان هذه المرافق[2]- وهو الأمر الذي كان المــستثمر يوافــق

(1) Parkering v Lithuania, op. cit., paras 335 and 342.

(٢) من الملاحظ أن المشرع المصرى أضحى يحرص، لا ســيما فــى التــشريعات الاقتصادية، عند فرض حظر على نشاط، أو عند إعادة تنظيم نشاط على أن يحدد فترة انتقالية تمكن أصحاب الشأن من توفيق أوضاعهم. من ذلك ما تضمنه القانون ١٢١ لسنة ٢٠٠٨ من حظر استخدام "المقطورات" بعد مضي أربع ســنوات مــن تاريخ العمل بالقانون. ومن ذلك أيضًا، ما تضمنه قانون البنك المركزي رقــم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ من إلزام شركات الصرافة القائمة في تاريخ العمل به من أن تتخــذ

=

عليه، فعلاً، الحل الوحيد الذي يتفق مع المصلحة العامة[1]

وفى هذا السياق، يُشار إلى أن الفقه المصرى يرى ضرورة تقرير فترة انتقالية قبل تطبيق التنظيم القانوني الجديد والمفاجئ، لأن هذا ممـا يقتـضيه احترام مبدأ الثقة المشروعة أو التوقعات المشروعة، ومخالفته تؤدي، لـيس فقط إلى المسئولية الإدارية، ولكن أيضًا إلى عدم مشروعية القرار اللائحي[2].

وتجدر الإشارة إلى أن إقرار إجراءات جديدة يثور فى إحدى حالتين. أما **الحالة الأولى**، فهي أنه لا يوجد في وقت سابق تنظيم لنوع معين من النشاط، ثم يُنظم النشاط بعد ذلك للمرة الأولى. وأما **الحالة الثانية** فهي أن نشاطًا مـا كان محلاً لتنظيم قانوني غير محدد المدة، ثم يأتي تنظيم جديد يُعدّل أو يُلغي التنظيم السابق. وقد يكون التنظيم الجديد خاضعًا للقاعدة العامة فـي سـريان القواعد القانونية بأثر مباشر. وقد لا يخضع التنظيم الجديـد لهـذه القاعـدة، فيسري بأثر رجعي.

---

شكل الشركة المساهمة، وأن تكون جميع أسهمها مملوكة لمـصريين، وأن يكـون غرضها الوحيد مزاولة عمليات الصرافة، وأن يكون رأسمالها عشرة ملايين جنيه؛ وذلك خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر، يمكن مدّها لمدة أو مدد أخرى لا تجـاوز سنة. وقد أحيل القانون الأخير إلى المحكمة الدستورية العليا لتقرير مدى دستورية إلزام الشركات القائمة بزيادة رأسمالها. أنظر: م.ق.إ.، ١٠ مـن يوليـو ٢٠٠٤، الدعويان ٣٠٧٠٤ و٤١٥١ لسنة ٥٨ق، مجموعة أحكـام منازعـات الاسـتثمار ٢٠٠٢/٢٠٠٥، ص١٣٦: د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، مرجع سابق، تحت الطبع.

(1) Tecmed v Mexico, op. cit., Para 173.

(٢) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، مرجع سابق، تحت الطبع.

وقد يكون التنظيم الجديد مفاجئًا أو مباغتًا، أي دون إعلان سابق بفترة كافية، ومن دون فترة انتقالية. وحينئذ لا يوجد وقت أو فرصة أمام أصحاب الشأن لتوفيق أوضاعهم مع أحكام التنظيم الجديد. ومن ثم، يُثار التساؤل: هل يخالف التنظيم الجديد مبدأ الثقة المشروعة، وخصوصًا في الحالة التي يسري فيها بأثر مباشر؟

في حكم مهم للمحكمة الإدارية بمدينة Strasbourg، اعتبرت المحكمة أن على الإدارة حين تقوم بنشاطها أن تراعى أن لا تسبب ضررًا جسيمًا للغير، يكون ناشئًا عن تعديل غير متوقع للقواعد التي تتخذها، أو للسلوك الذي تتبناه، وذلك إذا كانت الصفة الفجائية لهذا التغيير لم يفرضها موضوع الإجراء أو الأهداف المتبعة؛ وأنه إذا كان يجوز للسلطات الإدارية أن تعدّل التنظيم اللائحي الذي اتخذته وفقًا لتطور أهدافها أو المراكز القانونية أو الواقعية التي تؤثر في تدخلها، فإن هذه السلطات يجب أن تأخذ الإجراءات المناسبة، حتى يكون لدى الأشخاص ذوى الشأن معلومات سابقة، أو تقرير فترة انتقالية، حتى لا يأخذ التعديل المقترح في النفاذ بطريقة فورية، وحتى لا يحدث جوهريًا آثار سلبية على ممارسة أنشطة مهنية أو حرية عامة؛ فإذا لم يحترم مبدأ الثقة العامة في وضوح وتوقع القواعد القانونية والنشاط الإداري، فإن الإدارة تتحمل مسئولية بسبب الضرر غير العادي الناشئ من التعديل المفاجئ دون مبرر لهذه القواعد أو لهذا السلوك[1].

(1) TA, Strasbourg, 8 dée. 1994, Freymuth, AJDA, 1995, p. 555 ; JCP, 1995, II, 22474, concl. Pommier, RFDA, 1995, p. 967.

وقد خلصت المحكمة، من ذلك، إلى أن الحظر الفوري لاستيراد النفايات المنزلية دون إجراءات انتقالية، وعلى نحو مفاجئ، ودون معلومات كافية للجمهور قد خالف مبدأ الثقة المشروعة، وأحدث ضررًا يجب التعويض عنه؛ وأن هذا الضرر ليس ناجمًا عن عدم الإبقاء على التنظيم السابق، ولكنه ناشئ عن التنظيم الجديد الذي لم يكن مقترنًا بفترة انتقالية(١).

أما **مجلس الدولة**، فقد استقر قضاؤه على أن مبدأ الثقة المشروعة الذي يشكل جزءًا من المبادئ العامة لقانون الاتحاد الأوروبي لا يجد مجالاً للتطبيق في النظام القانوني الوطني، إلا إذا كان المركز القانوني الوطني الذي يفصل فيه القاضي الإداري الفرنسي خاضعًا لقانون الاتحاد الأوروبي. غير أن المجلس قد كرس لأول مرة في حكم حديث **ضرورة أن تقوم السلطة اللائحية بوضع فترة انتقالية إذا كان التنظيم المقترح يتضمن اعتداءً على المراكز التعاقدية القائمة**. وقد ألغى المجلس، بناءً على ذلك، مرسومًا بالتصديق على تقنين التزامات واستقلال مفوضي الحسابات، وذلك لمخالفته مبدأ "الأمن القانوني"(٢).

وقد اختلف الفقه الفرنسي في تفسير هذا القضاء(٣). فبينما رأى البعض أنه يكرس صراحة مبدأ الأمن القانوني، استنادًا إلى عبارات الحكم الواضحة،

(١) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، مرجع سابق، تحت الطبع.
(2) CÉ, Ass., 24 mars 2006, Sté KPMG et autres, AJDA, 2006, p. 1028
(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، مرجع سابق، تحت الطبع.

وأن هذا المبدأ أصبح جزءًا من النظام القانوني الفرنسي بوصفه قاعدة مرجعية لرقابة المشروعية[1]، إلا أن البعض الآخر يرى أن المجلس رغم النفي الصريح لمبدأ "الثقة المشروعة"، إلا أن حكمه يأخذ بمضمون هذا المبدأ، ولا يتضمن تكريسًا لمبدأ الأمن القانوني بشكل عام[2].

## المبحث الثامن

## توازن المصالح

## The Balance of Interests

### المطلب الأول

### في الأنظمة القانونية الوطنية والاتحاد الأوربي

يذهب بعض الكتاب إلى أن مبدأ التوقعات المشروعة يعد أكثر تفضيلاً، في سياق القانون العام، مقارنة بمبدأ estoppel، لأن المبدأ الأول يتطلب إجراء موازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة ذات الصلة[3]. ولذلك، اعتبر أن رفض محكمة العدل الأوربية منح حماية لتوقعات إحدى شركات الصلب، التي تولدت نتيجة رأي فني صادر عن السلطات الأوربية، بعدم

(1) F. Aubert, le conseil d'État consacre le principe de sécurité juridique, AJDA, 2006, p. 684; B. Mathieu, le principe de sécurité juridique entre au conseil d'État, AJDA, 2006, p. 841; C. Landais et F. Lenica, chronique, AJDA, 2006, p. 1028: مشار إليه لدى د. محمد محمد عبد اللطيف، القانون العام الاقتصادى، مرجع سابق، تحت الطبع

(2) F.M. Melleray, L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? AJDA, 2006, p. 897.

(3) P Craig, EU Administrative Law, op. cit., p. 679–80.

خضوعها لحصص إنتاجية أشد صرامة تحطم أرباحها- مؤسسًا على الأولوية التي تمنحها المحكمة لتنظيم أكثر فعالية لصناعة الصلب، على توقعات الشركة[1]. وتجدر الإشارة إلى أن منح فترة انتقالية في حالة تغيير القاعدة أو السياسة، والذي يعد مبدأ مطبقًا، في الغالب، في التشريع والقضاء الأوربي،[2] لا يعد متطلبًا، عندما يستهدف التغير حماية صحة المستهلكين[3].

وفي هذا السياق، يجب على المحاكم أن تأخذ في اعتبارها ما "إذا كان هناك عدم توازن كبير، لدى مقارنة اعتبارات السياسة التي تدعم تغيير السياسة ومصالح الأطراف التي تتأثر بهذا التغيير"[4]. وهنا يظهر، أيضًا، دور مبدأ التناسب[5].

ومع ذلك، يذهب الأستاذ Paul Craig إلى أن إجراء موازنة بين المصالح لا ينبغي أن يُطبق عندما يكون العدول عن السياسة السارية متبنيً فقط بالنسبة لشخص[6].

ويُلاحظ أن الموازنة بين المصالح تفقد أهميتها عندما يكون التعويض هو

---

(1) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 130–1.

(2) S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français , op, cit., p. 450–7.

(3) Case T-155/99 Dieckmann & Hansen GmbH v Commission [2001] ECR II-3143, Judgment, 23 October 2001.

(4) Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 150.

(5) P Craig, EU Administrative Law , op. cit., p. 651.

(6) ibid 652.

وسيلة الإنصاف التي يُسعى للحصول عليها[1]. وقد أشارت إلى هذا المعنى المحكمة العليا الأمريكية، في قضية Winstar، بقولها إن منح تعويضات عن مخالفة العقود سيكون مساويًا فى أثره tantamount لتقييد سلطة الحكومة في تعديل القواعد التنظيمية. وفوق ذلك، فإن الدفع المستمد من المصلحة العامة يثبت الكثير جدًا. لذلك، خلصت المحكمة إلى أنه ليس بمقدورها أن ترفض تمسك الحكومة بأن التشريع المطعون عليه يستهدف تعزيز الرفاهية العامة[2].

## المطلب الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

يلاحظ أن محكمة التحكيم قد لجأت إلى إجراء موازنة بين المصالح العامة والمصالح الخاصة في Saluk v Czech Republic ويبدو ذلك واضحًا من قضاء المحكمة:

"أن تحديد ما إذا كان يوجد انتهاك،(لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة) يتطلب وزن التوقعات المشروعة والمعقولة للمدعي من ناحية،

---

(1) cf W Wade and CF Forsyth, Administrative Law , op. cit., p. 284–5; P Craig, Administrative Law, op. cit., p. 690–1.

(2) "public interest' argument proves too much: in the same case, to reject the government's argument that the legislation challenged by plaintiffs sought to advance the general welfare, the Supreme Court said: 'We assume nothing less of all congressional action.", US v Winstar Corp 518 US 839, 903 (1996).

والمصالح التنظيمية المشروعة للمدعي عليه من ناحية أخري"[1].

ومع ذلك، يمكن القول أن محاكم التحكيم الدولي تميل إلى الحذر في تقديرها للمصالح العامة لإحدى الدول الأجنبية ذات السيادة، ذلك، أنه من المسلم به أن أهمية مثل هذا التقدير تكون أقل مقارنة بالقضايا الوطنية والأوربية.

**فمن ناحية أولى**، قد لا تُتطلب الموازنة بين المصالح عندما تقوم الحكومة باستثمار معين أو عندما تكون قد تلقت مقابلاً consideration من المستثمر، ما لم يكن الوقت الذي انقضى منذ القيام بالاستثمارات (شريطة الا يكون العقد مع الحكومة قد انتهى) قد سمح للمستثمر بالقيام باستثماراته جوهرية.

**ومن ناحية ثانية**، لما كانت المصلحة العامة يمكن أن تتقوض نتيجة العدول عن السلوك الذي يُحبط التوقعات المشروعة، فإنه، من النادر، أن يؤدي منح تعويض إلى الطرف الخاص إلى ذات النتيجة، فلا توجد ثمة حاجة لموازنة المصالح في العديد من منازعات الاستثمار الدولي، لأن هذه المنازعات تتعلق، عادة، بمطالب للتعويض.

---

(1) "the determination of a breach of [fair and equitable treatment] requires a weighing of the Claimant's legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent's legitimate regulatory interests on the other ", Saluka v Czech Republic , op. cit., Para 306, quoted by Kingsbury and Schill, op. cit., p. 12.

ومع ذلك، فقد سعت المحكمة، في قضية Tecmed Mexico، إلى تحديد ما إذا كان يوجد:

"علاقة تناسب معقولة بين العبء الذي فُرض على المستثمر الأجنبي، والهدف الذي سعى إلى بلوغه من خلال الإجراء النازع للملكية"[1].

وقد استخلصت المحكمة، من هذا التحليل، أن تغيير السياسة كان راجعًا إلى ظروف سياسية، وليس استجابة لأزمة اجتماعية حقيقية. ومع كامل التقدير لأحد أحكام التحكيم المهمة- التي كثيرًا يستشهد بها، فإنه يمكن القول- في ضوء ظروف القضية الماثلة (قيام إحدى السلطات العامة ببيع بعض المرافق- التي تتمتع بترخيص دائم، إلى عملية البيع)- إنه كان يجب منح تعويض، حتى ولو كان تغيير السياسة راجعًا إلى أزمة اجتماعية حقيقية[2].

(1) Hector A. Mairal, legitimate expectations, Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations, in Stephan W. Schill, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, 2010.

(2) "a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure", Tecmed v Mexico, op. cit., para 122.

# الفصل السادس

## وسائل الإنصاف (التعويض)

## *Remedies*

يمكن القول إن وسائل الإنصاف الأساسية المتاحة بالنسبة للطرف الـذي يدعى انتهاك توقعه المشروع الموضوعي- النابع من الوعود أو التأكيـدات الإدارية غير الرسمية تتمثل في العدول عن القرار غير المتسق revocation of the inconsistent decision أو مـنح تعويـضات the award of damages[1].

وسنحاول، فيما يلي، إلقاء الضوء على هاتين الوسـيلتين مـن وسـائل الإنصاف بإيجاز.

---

(1) For other possible remedies, see S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand; communitaire et français , op, cit., p. 447, 450–7.

## المبحث الأول

## في الأنظمة الوطنية والاتحاد الأوربي

يلاحظ أن إلغاء القرار الإداري الذي يشكل انتهاكًا للتوقع المشروع الموضوعي هو الحل المفضل في هولندا. وعلى النقيض من ذلك، يميل الاتجاه الغالب، في القضاء الألماني وقضاء الاتحاد الأوربي، إلى منح تعويضات كوسيلة إنصاف مفضلة في هذا السياق(١). ومع ذلك، يجب ملاحظة أن القرار السابق لا يكون له أثر بالنسبة للجميع erga omnes، ولكنه يُفيد، فقط، هؤلاء الذين يكون بمقدورهم إثارة توقع مشروع(٢).

وفي حالة انخراط الطرف الخاص- استنادًا إلى توقع كانت السلطة العامة قد ولدته في سلوك ادعت السلطة العامة، لاحقًا، أنه يميل خروجًا على التشريع المطبق، فإن حماية مثل هذا التوقع قد تقتصر على التنازل waiver أو ربما، أيضًا، تخفيض أي غرامات أو جزاءات يمكن توقيعها نتيجة السلوك السابق للطرف، بين أن هذه الحماية لا يمكن أن تصل إلى تنازل الإدارة عن سلطتها في حظر مثل هذا السلوك في المستقبل(٣).

---

(1) ibid 438, 459.

(2) ibid 446.

(3) L. Lorello, La Tutela del Legittimo Affidamento tra Diritto Interno e Diritto Comunitario, op. cit., p. 254; S Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français, op. cit., p. 449; Søren J Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 148.

وتجدر الإشارة إلى أن استجابة القانون الفرنسي للقضايا التي يمكن معالجتها على مستوى الاتحاد الأوربي- مثل القضايا التي يجري فيها حماية التوقعات المشروعة هي منح تعويض للطرف الذي لحق ضرر من إحباط توقعه المشروع[١]. وفي ألمانيا، بالنسبة للقضايا التي يبين فيها أن كلاً من الإدارة والطرف الخاص مشتركان في المسئولية عن انتهاك التوقع المشروع، فإنه يُقضى إما برفض منح أي حماية وإما بتقاسم المسئولية بين الإدارة والطرف الخاص، أي لا تلتزم الإدارة سوى بدفع تعويض جزئي في هذه الحالة[٢]. وقد خضع الحل للمناقشة، في القانون الإنجليزي، كوسيلة لحماية الطرف الخاص الذي لحق به الضرر، بصورة غير عادلة، نتيجة إحباط توقعاته المشروعة، ولكن حيث تتطلب المصالح العامة ذات الصلة الإبقاء على القرار الجديد[٣]. ومع ذلك، لا يبدو أن التعويض يشمل خسارة الأرباح loss of profits[٤].

---

(1) Schønberg, Legitimate expectations in administrative law , op. cit., p. 220–1, 224–6.

(2) S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français , op. cit., p. 463–72.

(3) W. Wade and CF Forsyth, Administrative Law , op. cit., p. 284–5.

(4) Stretch v UK (2004) 38 EHRR 12, Judgment, 24 June 2003. P Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU: Procedures and Principles , op. cit., p. 363–4 (for EU cases); for French law, see Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 232. cf also D Barak-Erez, 'The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Ex-

=

## المبحث الثاني

## في قضايا الاستثمار الدولي

ويلاحظ الأستاذ Christoph Schreuer – في تعليقه على اتفاقية ICSID، أنه على الرغم من أن محاكم ICSID تميل، بصفة رئيسية إلى منجح تعويض مالي، فإنها تملك سلطة منح أداء معين أو أوامر معينة injunctions. وقد لجأت هذه المحاكم إلى ممارسة هذه السلطة، فعلاً، في قضية Enron v Argentina[1]. ومع ذلك، يلاحظ أن المدين في منازعات الاستثمار، يميلون، بصفة عامة، إلى طلب التعويض، وليس العدول عن القرار الإداري الذي سبب الضرر لهم (نتيجة إحباط توقعاتهم).

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة الأساسية في القضايا الدولية التي تتعامل مع مسئولية الدولة– وفقا لما تقرر في قضية Chorzow factory، هي أنه:

---

pectation Interests' (2005) 11 Eur Pub Law 583, 595. In favour of compensating loss of profits, J García Luengo, El Principio de Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo , op. cit., p. 449–53.

(1) Enron Corp and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para 81; C Schreuer et al, The ICSID Convention: A Commentary (2nd edn, 2009).1136–9. cf C McLachlan et al, International Investment Protection—Substantive Principles, op. cit., p. 341–3, citing also the Enron decision as a rare case of injunctive relief granted by an arbitration tribunal.

" يجب أن يغطى التعويض، بقدر ما يكون ذلك ممكنًا، كل نتائج العمل غير المشروع، ويعيد الموقف إلى الحالة التي كان يمكن أن يكون عليها، لو يقع الفعل الضار"[1].

ويلاحظ أن التعويض الكامل- الذي يشمل خسارة الأرباح في حالة إثباتها- يتم منحه بصورة عرفية customarily في القضايا المتعلقة بانتهاك العقد، نزع الملكية غير المشروع، وغير ذلك من أوجه سلوك الدولة- غير المشروع والضار- الذي لا يشكل نزعًا للملكية[2].

وعندما تُثار التوقعات المشروعة- المستندة على الوعود الإدارية غير الرسمية- فإن التعويضات تكون، عادة، مقصورة على تغطية النفقات المتحملة the expenses incured، والاستثمار الذى تم القيام به the investment made. وقد ميز الأستاذ Thomas Walde، في قضية Thunderbird v Mexico، الموقف الماثل في هذه القضية عن الحالة المتعلقة بانتهاك العقد a breach of contract. ولذلك، مال هذا الأستاذ، في رأيه، إلى ضرورة منح

(1) "reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed ",The Factory at Chorzów (Germany v Poland) (Merits) Judgment, 13 September 1928, PCIJ Series A, No 17, pp 4, 47. See also RD Bishop et al, Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary (2005) 1245–390.

(2) S. Ripinsky and K Williams, Damages in International Investment Law (2008) 64–106. See also Art 36(1) and (2) of the ILC Articles on State Responsibility.

تعويض محدود، أي تعويض يقابل "المصلحة السلبية" التي لا تغطي سوى النفقات المعقولة التي تحملها المستثمرون نتيجة ثقتهم في التوقعات التي ولدتها الحكومة، بما يعني استبعاد خسارة الأرباح loss of profits[1].

ومع ذلك، فعندما تكون السلطات العامة هي التي سعت- من خلال مسلك إيجابي من جانبها- إلى جذب الاستثمار، وحالما يستجيب المستثمر، تنقلب هذه السلطات عليه، فإنه توجد، في هذه الحالة، مبررات قوية- حتى في حالة عدم وجود عقد- للسماح للمستثمر بالحصول على تعويض يغطي الخسارة المعقولة للأرباح، إذا كان بالإمكان إثبات هذه الأرباح، وأنها ليست مجرد أرباح تقوم على الافتراض أو التخمين conjectural، ولكن تستند على دليل جلي. ولذلك، أشير إلى مسلك الحكومة الخاطيء بصورة ظاهرة باعتباره عاملاً يمكن أن يسهم في زيادة التعويض الممنوح[2]. وكذلك أيضًا، يمكن القول إن النصيحة الرسمية المسداة، بصورة خاصة، إلى أحد المستثمرين الأجانب يمكن أن تشكل إهمالاً في جانب موظفي الحكومة، الأمر الذي قد ينتهي إلى عقد مسئولية الحكومة- على أساس المسئولية التقصيرية tort liability- عن أخطاء موظفيها[3].

---

(1) Thunderbird dissent, op. cit., para 121. See also TW Wälde and B Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law' (2007) 4(6) Trans Disp Man 32.

(2) TW Wälde and B Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law', op. cit., p. 41.

(3) For English law, see W Wade and CF Forsyth, Administrative Law , op. cit., p.  , op. cit., p. 285.

وفوق ذلك، عندما تجد المحكمة أن إحباط التوقعات المشروعة- المستندة على الوعود الإدارية غير الرسمية لم يكن راجعًا إلى حسن نية bona fide ومصالح اجتماعية مهمة significant social interests، فإن المحكمة قد تنتهي، مع ذلك، إلى أن ثمة عملاً غير مشروع قد وقع. ويترتب على ذلك، أن معيار التعويض يجب أن يشمل خسارة الأرباح إذا تم إثباتها[1]. ومن ناحية أخرى، ففي حالة التغيير المشروع وغير التمييزي للسياسة،- لا تكون ثقة المستثمر مستندة على عقد، ولكن على توقعات مشروعة متولدة من وعود إدارة غير رسمية، فيمكن القول إن تعويض فقدان الاستثمار recovery of the lost investment يجب أن يتمثل، عادة، في التعويض الكافي the adequate remedy.

وأخيرًا، فإن الإثراء بلا سبب unjust enrichment يعد، أيضًا، عاملاً مهمًا في قضايا الاستثمار الدولي. ولذلك، اعتبر هذا العامل مدرجًا في معيار "المعاملة العادلة والمنصفة"[2]. وكذلك أيضًا في طائفة المبادئ العامة للقانون المتاحة للتطبيق بواسطة محاكم التحكيم الدولية[3].

---

(1) TW Wälde and B Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law' , op. cit., p. 7; CN Brower and M Ottolenghi, 'Damages in Investor-State Arbitration' (2007) 4(6) Trans Disp Man.

(2) Saluka v Czech Republic, op. cit., para 450.

(3) Sea-Land Service Inc v Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization of Iran Award, 20 June 1984, 6 Iran-US CTR 149, 168.

وبالجملة يمكن ملاحظة أن محاكم التحكيم كانت متواضعة جدًا في تحديدها لمبالغ التعويض عن انتهاك التوقعات المشروعة، عندما لا تكون هذه الأخيرة متولدة من العقد. من ذلك، على سبيل المثال، أن التعويض النهائي الممنوح في قضية Tecmed v Mexico لم يجاوز ١٠% تقريبًا مما طلبه المدعي، بينما رفضت الأغلبية في قضية Thunderbird v Mexico الطلب في مجمله، ولكن حتى في ظل الرأي الرافض ما كان المدعي ليحصل سوى على ٠,٥% من المبلغ المطلوب[1].

وفي قضية MTO v Chile خلصت المحكمة إلى أن المدعي قد اشترك في الإهمال contributory negligence، وفشل في تخفيف الأضرار. ولذلك، خفضت المحكمة التعويض بمقدار النصف، ولم تأخذ في اعتبارها الاستثمارات التي تمت بعد معرفة إحباط التوقع[2].

(1) See Tecmed v Mexico, op. cit., paras 184, 195; Thunderbird dissent, op. cit., para 122.

(2) MTD v Chile, op. cit., paras 240–243. See S Ripinsky, 'Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect' (2009) 10 JWIT 5, 21.

## خاتمة

تبين، من هذه الدراسة، التي تمت في إطار القانون الإداري المقارن، أنه يوجد درجة ما من التشابه في الحلول التي توصلت إليها الدول المختلفة- في نطاق التقاليد القانونية الغربية- لدى مواجهتها للمواقف المتشابهة، وذلك على الرغم من أنها لا تصل إلى ذات الحلول من خلال استخدام ذات المبادئ القانونية أو ذات وسائل الإنصاف.

كما كشفت هذه الدراسة وجود درجة عالية من الارتباط بين الأنظمة القانونية المستقلة- وذلك على الرغم من تباعدها جغرافيًا- كما وضح ذلك من خلال قضية الأرملة الألمانية "German Widow"[1]. ومع ذلك، يُلاحظ أن الصورة الكاملة للوضع القانوني للمسألة محل التحليل في هذه الدراسة، لا يمكن أن تكتمل إلا بعد دراسة متعمقة لبعض المبادئ التي تصل في تنوعها لتشمل، حسن النية good faith، المساواة في ظل القانون equality under the law، تناسق النشاط الحكومي consistency of government action، الأمن القانوني legal certainty، وكذلك أيضًا

(1) S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français (2001) 10–11, 445, citing the case of the 'German widow', BVerwGE 9, 251 et seq. This case was cited in an Argentine decision, CNA Cont Fed IV, Itoiz c Universidad de Buenos Aires LL 2001-A-266, and in a Brazilian decision, Supremo Tribunal Federal 3/4/03, Mandado de Segurança 24.268-0 Minas Gerais.

الوجود المحتمل لبعض وسائل الإنصاف غير القضائية non-judicial remedies، مثل تلك الناشئة عن تدخل الأمبودسمان، Ombudsman، أو منح التعويض الطوعي- ex-gratia compensation.

ويمكن أن يستنبط، من الدراسة المقارنة، للقوانين الوطنية (أو الإقليمية) أن حماية التوقعات المشروعة الموضوعية النابعة من الوعود الإدارية غير الرسمية، أننا نواجه- وإن كان الأمر ليس كذلك دائمًا- نظامًا قانونيًا متقدمًا. حيث يتم احترام الحقوق التعاقدية contractual rights في مواجهة الحكومة في كل الدول تقريبًا. كما تقبل أنظمة قانونية عدة مبدأ حظر التشريع الرجعي الذي يمس الحقوق المكتسبة vested rights[1]. كما أن مبدأ حماية الحقوق الناشئة من القرارات الإدارية في مواجهة العدول عن هذه القرارات revocation- الذي كان مأخوذًا به في بعض الأنظمة القانونية الأوربية- أضحى قابلاً للتطبيق، بصورة متزايدة، في بعض دول أمريكا اللاتينية، من خلال إثارة مبدأ التوقعات المشروعة[2].

---

(1) See § 38(1) of the German Act of Administrative Procedure (Verwaltungsverfahrensgesetz). 'Assurance. A promise made by a competent authority to take or refrain from taking an administrative act (assurance) must be in writing to be effective' (taken from MP Singh, German Administrative Law In Common Law Perspective (1985) 169).

(2) J. Schwarze, European Administrative Law, op. cit., p. 885–6 (France), 898–900 (Germany), 910 (United Kingdom), 916–18 (Italy), 931–2 (Netherlands), 937 (Spain), 1120–51 (EU).

ويُلاحظ أنه خلال هذا الطريق الطويل لتحقيق الأمن القانوني في إطـار العلاقات بين الحكومة والأطراف الخاصة، يعد حماية التوقعات المـشروعة النابعة من الوعود الإدارية غير الرسمية "الخطوات الأخيرة". ويمكن الجـزم بأن هذه الخطوة الأخيرة قد تم أخذها، بالقطع، في مجال قـضايا الاسـتثمار الدولي.

ويكشف تحليل أحكام القضاء- علي المستويين الوطني والأوربي- أنـه من اليسير إثارة التوقعات المشروعة الناشئة مـن الوعـود الإداريـة غيـر الرسمية، ولكن من الصعب الفوز في القضايا من خلال سلوك هذا الطريق[1]. ولذلك، فإن السؤل الذي يثار- في ضوء هذه الحمايـة المكفولـة للتوقعـات المشروعة المتولدة نتيجة الوعود الإدارية غير الرسمية في مجال منازعـات الاستثمارات الدولية، هو ما إذا كان يجب أن يكفل القانون الـدولي حمايـة للمستثمر أفضل من تلك التي تكفل له في دولته الأم؟

ويُلاحظ بعض الكتاب أن الاتحاد الأوروبي يمنح حماية أكثر قوة للتوقعات المشروعة مقارنة بالأنظمة الوطنية الأوروبيـة[2]. وفـي سـياق منازعـات الاستثمار الدولي، تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر أكثر تطورًا، عـادة، من الدولة المضيفة. وهذا يقود إلى تساؤل: لماذا يجب أن يتوقـع المـستثمر- الذي ينتمي إلى اقتصاد رائد- أن يحصل على معاملة أكثر تفضيلا لـه- فـي

(1) Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, op. cit., p. 149–50.

(2) ibid 26.

دولة أقل تطورًا- مقارنة بالمعاملة التي يمكن أن يتلقاها في دولتـــه[١]. وقـــد اقترح المشرع الأمريكي قاعدة تحظر الدعاوى- في سياق التحكيم الـــدولي- التي تكون غير مسموح بها be entertained في دولة المستثمر.

ومع ذلك، فإن المستثمرين الأجانب يكونون، في الغالب، في وضع، ليس في صالحهم، لدى تعاملهم مع الحكومات المحلية[٢]. ذلك، أن المواطنة تعـــد عنصرًا بالغ القوة في معظم الدول. ويصعب إثبات التمييز، لأن القوانين تـــتم صياغتها، في صورة بنود عامة، على نحو يُخفي الأهداف الحقيقية[٣]. وفوق ذلك، فإن اتفاقيات الاستثمار الثنائية BITs تسعى إلى جـــذب الاســـتثمارات الأجنبية من خلال كفالة إطار قانوني مستقر[٤].

ويُلاحظ أن التزام الدولة باتفاقية ICSID يُفترض أن يشكل، في ذاتـــه، دافعًا إضافيًا ومحفزًا لتدفق كبير في الاستثمارات الدولية الخاصة إلى أرضي هذه الدولة، وهذا هو الغرض الأساس لهذه الاتفاقية[٥]. ولذلك، فإن الدولة التي

(1) See S Montt, 'Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation' in El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina (2009) 295, 325.

(2) J. Coe and N Rubins, 'Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions', op. cit., p. 643.

(3) US v Winstar Corp 518 US 839 (1996).

(4) See Azurix Corp v Argentina, op. cit., para 360, quoting the Preamble of the Argentina-US BIT.

(5) See 'Report of the Executive Director', cited by Schreuer et al, The ICSID Convention: A Commentary , op. cit., p. 4.

تعد بمعاملة المستثمرين الأجانب بطرقة عادلة ومنصفة يجب أن تلتزم بهـذا الوعد بغض النظر عن القواعد السارية في دولة المستثمر.

ويذهب الأستاذ Bernard Schwartz إلى أن المنطق الـذي يـرفض تطبيق مبدأ estoppel على الحكومة الأمريكية "يتمتع بكل جمال المنطـق، وكل قبح عدم العدالة"[1]. ويمكن، من خلال مقارنة القضايا الوطنية والقضايا على مستوى الاتحاد الأوروبي مع تحكيم الاستثمار الـدولي إبـداء بعـض الملاحظات، منها- كما يقول الأستاذ Schwartz: فالمحاكم الوطنية تميل إلى الخطأ في جانب المنطق، بينما تُظهر المحاكم التحكيم الدولي ميلاً أكبر لصالح العدالة. ولذلك، تعطي الأولوية، في ظل الأنظمة القانونية الوطنية إلى الاتساق الإداري مـع القـانون administrative compliance with statute law[2].

وقد انتقد هذا الاختلاف في التوجه، لأنه يشكل ميلاً أو تميزًا للأعمـال

---

(1) "has all the beauty of logic and the ugliness of injustice", Thunderbird dissent, op. cit., para 121. See also TW Wälde and B Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law' (2007) 4(6) Trans Disp Man 32.

(2) E Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle', op. cit., p. 40. Western Fish Products Ltd v Penwith District Council and anor (1979) 38 Property & Compensation Reports 7, is a case which, had it arisen under a BIT, might have resulted in some compensation being paid to the plaintiff.

business bias من جانب تحكيم الاستثمار الدولي[1]. ومـــع ذلـــك، فـــإن اتفاقيات الاستثمار الثنائية BITs موجهة إلى رجال الأعمال للتـــأثير علـــى القرارات المتعلقة باستثماراتهم، ولذلك قد يكون من المنطقـــي تفـــسير هـــذه الاتفاقيات من منظور رجال الأعمال.

وإذا ما أريد تحديد توجه عام مشترك لأغلب الحلول التي تم التعـــرض لها في هذا البحث، فإن متطلب حسن النيـــة the requirement of good faith يبرز باعتباره الأكثر أهمية وبغض النظر عن الحجج المستخدمة، فإن أغلب القضايا التي كُفلت فيها الحماية للتوقعات المـــشروعة تبـــين مواقـــف تتعارض jar مع مفهوم "اللعب العادل" “fair play”.

ولذلك، يجب أن تكون السلطات الإدارية على وعي كامل بهذا التوجـــه من جانب المحاكم ومحاكم التحكيم. ووفقًا لدائرة معارف القانون الدولي العام:

"يجب على الدول أن تكون أكثر عناية، من ذي قبل، بالنسبة لما تقـــول، لأنه يمكن إلزامها بما تقول. وهذا الدور الموسع لمفهوم حسن الذى يبدو متسقًا، بالفعل، مع جذوره في مفهوم القانون الطبيعي للقـــانون الـــدولي.

(1) G Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law, op. cit., 152–84. cf TW Wälde, ‘The Present State of Research Carried Out by the English Speaking Section of the Centre for Studies and Research’ in P Kahn and TW Wälde (eds), Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux/New Aspects of International Investment Law (2007) 63, 85–91.

فالدول يجب أن تكون قادرة على الثقة في الاعتماد على الإعلانات التي تصدر من الدول الأخرى، وكذلك أيضًا حتى تُؤخذ إعلاناتها بجدية على نحو يتسق مع مفهوم توقع القابلية للإنفاذ القانوني "The expectation of legal enforceability"[١].

(1) "Nations must be more careful than ever before of what they say, because they may be held to it. This expanded role for the concept of good faith indeed appears to be consistent with its roots in a natural law conception of international law. Nations ought to be able to rely upon the pronouncement of other nations, as well as to have their own declarations taken seriously and with the expectation of legal enforceability. ", A D'Amato, 'Good Faith' in R Berhardt (ed), Encyclopaedia of Public International Law (1995) Vol 2, 599, 601. For a similar conclusion concerning English law, see W Wade and CF Forsyth, Administrative Law, op. cit., 316.

# قائمة المراجع

## أولاً: باللغة العربية


١- د. محمد محمد عبد اللطيف:

- القانون العام الاقتصادى، تحت الطبع.
- مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٣٦، أكتوبر، ٢٠٠٤، ص ٨٨.
- الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٩.
- دور الدولة في مواجهة الأزمة المالية العالمية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ١-٢ إبريل ٢٠٠٩.
- الأشخاص العامة والمنافسة، بحث مقدم إلى مؤتمر تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ٢٩- ٣٠ مارس ٢٠٠٥.
- الدستور والمنافسة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، ٢٠٠٥، العدد ٣٨، ص٨٢.
- الدستور والعدالة الاجتماعية، بحث مقدم إلى مؤتمر "٤٠ عاما" على إنشاء القضاء الدستوري في مصر، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، مارس ٢٠٠٩.

٢- د. حازم الببلاوى:

- الاستقرار القانونى، جريدة الأهــرام، العــدد 41726، ٤ مــارس، ٢٠٠١.

- الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، مجلة عالم الفكر، ١٩٧٣، العدد٣، ص١١٩.

٣- د. يسري محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني فــي قــضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٢، ص ٥١.

٤- وليد محمد الشناوي: الدور التنظيمي للإدارة في المجــال الاقتــصادي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.

٥- يحيى الجمل: الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة الدستورية، السنة ٢، العدد٥، ص٤.

**ثانيًا: باللغة الإنجليزية:**

1- A Grisel, Traité de Droit administrative (1984) Vol. 1, 390-8.

2- Asan Sedigh: "What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?", 2 The Journal of World Investment, p. 631 (2001).

3- B Kingsbury and S Schill, "Investor- State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law" IILJ Working Paper 2009/6 (Global Administrative Law Series) 19-20-, available at: http://www.illj.gov.publications/2009-6Kingsbury-Schill. as.

4- C. Broyelle, 'Confiance Légitime et Responsabilité Publique' (2009) 2 Revue Droit Public 321.

5- C. Yannakopoulos, La Notion de Droit Acquis en Droit Administratif Français (1997) passim.

6- CF Forsyth, « The Provenance and Protection of Legitimate Expectations" (1988) 47 Camb LJ 238, 242-3.

7- CN Brower and M. Ottolenghi, 'Damages in Investor-State Arbitration' (2007) 4(6) Trans Disp Man.

8- CSJ Knight, 'Expectations in Transition: Recent Developments in Legitimate Expectations' [2009] Public Law 15.

9- E. Gaillard, 'Chroniques des sentences arbitrales' (Jan-Mar 2008) Revue Trimestrielle Lexis Nexis Juris Classeur JDI 326, 332.

10- E. Sharpston, 'Legitimate Expectations and Economic Reality' (1990) 15 ELR 103.

11- E. Sondgrass, "Protecting Investors" Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle" (2006) 21 ICSID Rev-FILJI.

12- Francisco Orrego Vicuna: International Dispute Settlement in the Twenty-First Century: Constitutionalization, Accessibility, Privatization (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, 2004) .

13- G. Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law (2007) 35.

14- GH Treited, The Law of Contract , (6th end, 1983) 309.

15- HA Mairal, 'Foreign Investments and Municipal Laws: The Argentine Experience' (1989) 4 Conn JIL 641–6.

16- J. Betgstein, La Regla del Acto Propio en las Relaciones entre el Fisco y el Contribuyente (2008).

17- J. Coe and N. Rubins, 'Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions', in T Weiler (ed), International Investment Law and Arbitration:

Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and International Law (2005) 614.

18- J. Gonzalez Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo (5th edn, 2009) 237-71.

19- J. Pomeroy, A Treatise on Equity Juriprudence (5th edn, 1941) paras 805, 191- 192.

20- J. Schwarze, European Administrative Law (1992) 67-95.

21- James Crawford: The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Chapter 11 (2002).

22- JE Alvarez, 'A BIT on Custom' (2010) 42 NYUJIL. P. 17.

23- JM Auby and R Drago, Traité de Contentieux Administratif (3rd edn, 1984) Vol 2, 361.

24- R Chapus, Droit du Contentieux Administratif (11th edn, 2004) 522.

25- L. Lorello, La Tutela del Legittimo Affidamento tra Diritto Interno c Diritto Communitario (1998).

a. Lowenfeld, “Investment Agreements and International Law’ (2003) 42 Col JTL 123, 129.

26- M Elliott, ‘Unlawful Representations, Legitimate Expectations and Estoppel in Public Law’ (2003) 8(2) Judicial Review 71, 80;

a. Mclachlan et al, International Investment Protection- Substantive Principles (2007) 226-47.

27- O. Ranelletti, Teoria Degli atti Amministrativi Speciali (7th edn, 1945), p. 127.

28- P Craig, Administrative Law (2008) 647-92.

29- P. Graig, EU Administrative Law (2006) 610-14.

30- P. Lasok and T Millett, Judicial Control in the EU; Procedures and Principles (2004) 362. For the UK see R (Bibi) v Newbam London Borough Council (2002) 1 WLR 237.

31- P. Muchlinski, ‘Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Standard’ (2006) 55 ICLQ 527.

32- P. Muchlinski, 'Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Standard'.

33- Peter Muchlinski, "Caveat Investor"? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, 55 ICLQ 527.

34- R. Jennings and Watts, Oppenheim's International Law (1996) Vol 1, 39.

35- RD Bishop et al, Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary (2005) 1245–390.

36- RJ Pierce Jr, Administrative Law Treatise (4th edn, 2002) Vol. 2, 864.

37- Rosalyn Higgins: "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", Recueil des Cours, Academy of International Law, Vol. 176, p. 263 (1982- III).

38- S. Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français (2001) 10-11, 445.

39- S. Calmes, Du principe de·protection de la confiance légitime en droits allemand, communitaire et français (2001) 10–11, 445,

40- S. Fietta, 'Expropriation and the "fair and Equitable" Standard-The Developing Role of Investors' "Expectations" in International Investment Arbitration' (20060 23 JI Arb 375, 378.

41- S. Hannet and L Busch, 'Ultra Vires Representations and Legitimate Expectations' [2005] Public Law 729.

42- S. Montt, 'Updating the Bello/Calvo Doctrine in the BIT Generation' in El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina (2009) 295, 325.

43- S. Ripinsky and K Williams, Damages in International Investment Law (2008) 64–106.

44- S. Ripinsky, 'Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect' (2009) 10 JWIT 5, 21.

45- S. Schill, 'Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law'.

IILJ Working Paper 2006/6, p 28, available at http://www.iilj.org/ publications/2006-6Schill.asp .

46- SA De Smith et al, Judicial Review of Administrative Action (1995) 570-4.

a. Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards' (2007) 4 (5) Trans Disp Man 5.

47- SD Hotop, Principles of Australian Administrative Law (1985) 180-3.

48- Steele, 'Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance? (2005) 121 LQR 300.

49- T. Gazzini, "General Principles of Law in the Field of foreign Investment" (2009) 10 JWIT 103, 105.

50- Tridimas, The General Principles of EU Law, 242-251.

51- TW Wälde and B Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law' (2007) 4(6) Trans Disp Man 32.

52- W. Gellhorn and C byse, Administrative Law (10th edn, 2003) 1278.

53- WM Reisman and MH Arsanjani, 'The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes' (2004) 19 ICSID Rev–FILJ 328, 336.

# قائمة المحتويات




dar.elfker@hotmail.com